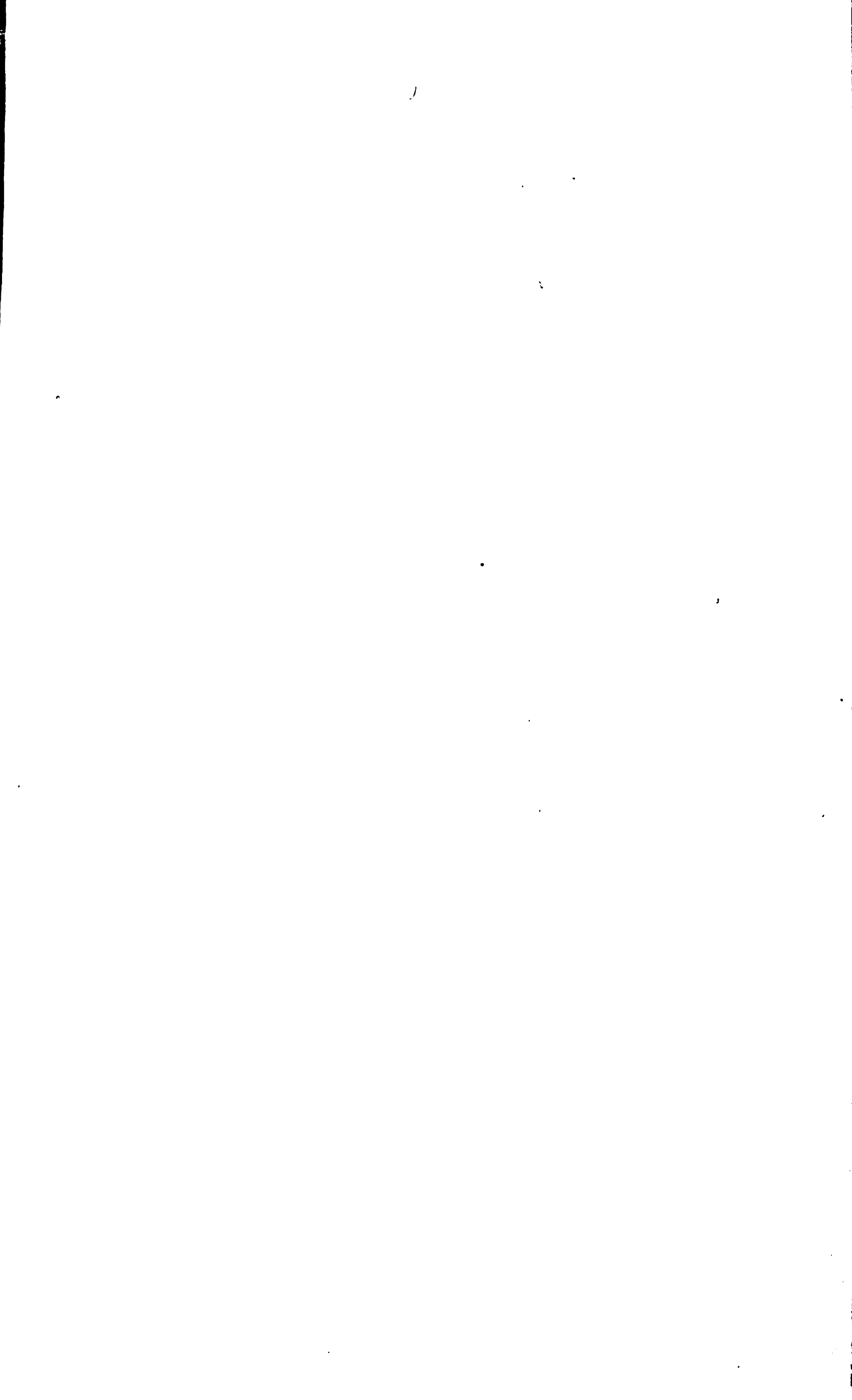



SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS

GERMANY



Zur Lehre

vom

Altersvorzug der Pfandrechte.

Eine civilistische Abhandlung

von

Dr. Ferdinand Regelsberger,
Privatdocenten an der Universität Erlangen.

Erlangen, 1859.
Verlag von Ferdinand Enke.

Il faut expliquer les lois par les lois.

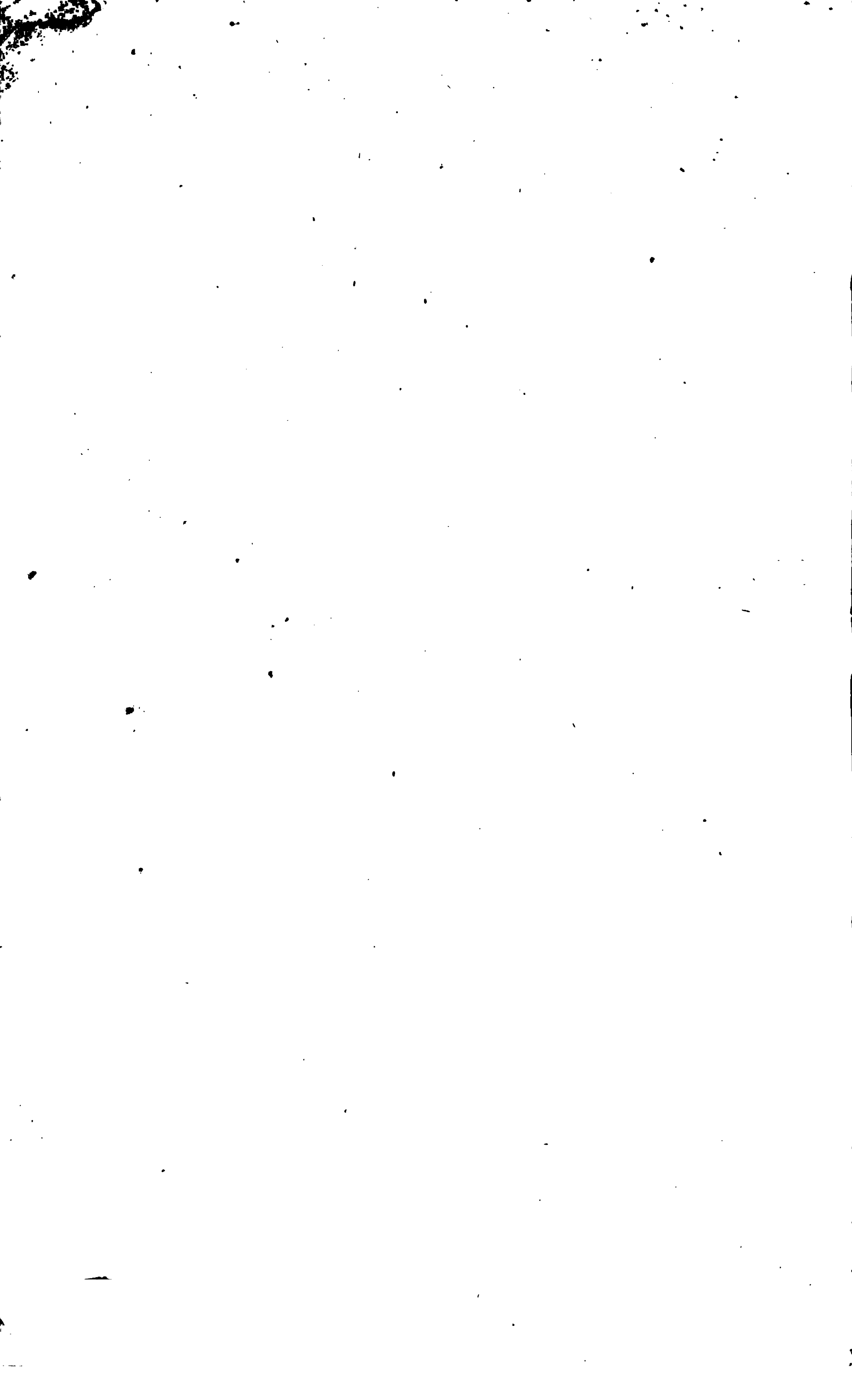
Montesquieu.

Seinem lieben Vater

Friedrich Regelsberger

zum Weihnachtsfeste 1858

in Dankbarkeit gewidmet.



Vorwort.

Bei Herausgabe der nachstehenden Abhandlung über die Alterspriorität der Pfandrechte glaube ich weniger den Vorwurf befürchten zu müssen, dass dieser Stoff zum Gegenstand einer ausführlicheren Erörterung gewählt wurde, als vielmehr, dass ich mich an denselben und damit an Fragen gewagt habe, welche zum Theil zu den schwierigsten im Gebiete des Civilrechts zählen. Inwieweit dieser Vorwurf gegründet ist, und ob ich nicht besser dem Reize widerstanden hätte, den gerade die Schwierigkeit einer Materie auszuüben pflegt, muss ich dem Urtheil des juristischen Publikum anheimstellen. Niemand kann lebhafter, als ich selbst, überzeugt sein, dass in den behandelten Lehren noch lange nicht das letzte Wort gesprochen ist. Wenn indess meine Arbeit der richtigen Anschauung auch nur einen geringen Vorschub leisten, wenn sie nur das Verdienst haben sollte, Fragen von solcher Bedeutung von Neuem angeregt zu haben, so wäre der Zweck ihrer Veröffentlichung nicht vollständig verfehlt.

Weit entfernt, auf den Charakter einer erschöpfenden Monographie über die Prioritätsfrage Anspruch zu machen, soll meine Schrift nur zur Entscheidung der wichtigeren und bestritteneren Momente aus dieser Lehre einen Beitrag liefern. Hiebei kann es nicht fehlen, dass über die getroffene Auswahl Mancher mit dem Verfasser verschiedener Meinung sein, die eine Frage, welche Berücksichtigung gefunden, zur gänzlichen Uebergehung

oder kürzeren Behandlung geeigneter, eine andere ausser Betrachtung gebliebene einer eingehenden Prüfung würdiger erachten wird. Da aber überall, wo die Bestimmung rein auf das subjective Ermessen gestellt ist, die Einwirkung individueller Umstände nicht gänzlich auszuschliessen ist, so wird über jenen Punkt dem Verfasser leichter Entschuldigung zu Theil werden.

Die zwei ersten Abschnitte dieser Abhandlung bilden mit geringer Veränderung den Inhalt meiner Habilitationsschrift, welche im Buchhandel nicht erschien, weil schon damals die Materialien zur Arbeit in ihrem jetzigen Umfang gesammelt vorlagen.

Als erstes literarisches Erzeugniss meiner juristischen Studien, welches das Forum der Oeffentlichkeit beschreitet, bedarf meine Arbeit ganz besonders der Empfehlung zur nachsichtigen Beurtheilung. Indess ist selbst strenge Kritik ein weniger schlimmes Schicksal für einen Schriftsteller, als gänzlich übersehn zu werden.

Erlangen, im December 1858.

Der Verfasser.

Inhaltsübersicht.

Seite

Einleitung.

§. 1.

Wenn wir die Geschichte der wichtigern Rechtscontroversen überblicken, gewahren wir eine gewisse Fluktuation der sich gegenüberstehenden Ansichten, indem im Kampf um die ausschliessliche Geltung bald die eine, bald die andere die Oberhand gewinnt und eine Zeit lang Theorie und Praxis vorwiegend beherrscht. Es ist nun eine bemerkenswerthe Erscheinung, dass in der durch Jahrhunderte sich hindurch ziehenden Streitfrage über die Bestimmung der Alterspriorität beim Pfandrecht diese Schwankungen sich auf das Gebiet der Doktrin beschränken, während die unmittelbare Rechtsanwendung, in den wichtigern Punkten wenigstens, sich, soweit wir sie zurück verfolgen können, bis auf den heutigen Tag im Ganzen gleich geblieben ist. Die so nahe liegende Frage nach dem Grund dieser Erscheinung lässt sich meines Erachtens weder mit dem blossen Zufall, noch — wie man wohl auch geneigt war — mit purer Bequemlichkeit genügend beantworten; vielmehr liegt, wenn ich nicht irre, eine solche Gleichmässigkeit der Praxis in einem entschiedenen Bedürfniss des Verkehrslebens, welches unabweisbar immer auf dieselbe Entscheidung hinführt. Damit ist freilich die Richtigkeit der von der Praxis adoptirten Ansicht vom Standpunkte des positiven Rechts aus noch keineswegs erwiesen; denn wenn auch angenommen werden darf, dass ein Gesetzgeber sich nicht mit unverkennbar ausgesprochenen Forderungen des unmittelbaren Rechtslebens in Widerspruch setzen wird, so ist ja die Grundlage unserer gemeinrechtlichen Gesetzgebung fremden Ursprungs; die Verschiedenheit der Verhältnisse in verschiedenen Ländern und Zeiten lässt eine Verschiedenheit der Bedürfnisse gar nicht auffallend erscheinen.

In so vielen Beziehungen nun auch unser moderner Rechts- und Verkehrszustand von dem römischen zur Zeit, wo das Pfandrecht des neueren römischen Rechts zur Ausbildung kam, abweicht, so ist doch dafür kein Grund aufzufinden, dass in dem hier beregten Punkte das

praktische Bedürfniss bei den Römern nicht dasselbe gewesen sein soll, wie bei uns. Wir bemerken im Gegentheil dieselbe Tendenz, einerseits das Pfandinstitut durch Befreiung von lästigen und beengenden Formen möglichst allgemein zugänglich zu machen und seine Anwendung zu erleichtern, andrerseits Allem demjenigen vorzubeugen, was seinem Hauptzweck, der Gewährung von Sicherheit, auch bei einfachern Verhältnissen Eintrag thun musste. In demselben Grade aber, als diese Uebereinstimmung der Verkehrsbedürfnisse bestätigt wird, gewinnt die Vermuthung an Grund, dass im positiven Recht dieselben Grundsätze zur Geltung gelangt sind, welche bei Entscheidung praktischer Fälle von den Unserigen festgehalten werden.

Bei der hohen Wichtigkeit, welche das Pfandrecht überhaupt als vornehmste Grundlage des Realkredits für das Wirthschaftsleben hat, und bei der Bedeutung, welche der Alterspriorität in der Lehre vom Pfandrecht zukommt, indem — von singulären Vorzugsprivilegien abgesehen — der ältere Pfandgläubiger über den Verkauf des Pfandobjekts entscheidet und aus dem erzielten Erlöse zunächst Befriedigung erhält [a]), scheint mir einer wiederholten Untersuchung werth, wie die Frage über die Bestimmung des Altersvorzugs nach den Aussprüchen der römischen Rechtsquellen zu beantworten ist, und ob in der That zwischen ihnen und dem, was das Leben erfordert, ein Zwiespalt besteht.

Indem ich zu dem Entschlusse schritt, die Ergebnisse meiner auf die Lösung dieser Aufgabe gerichteten Studien dem juristischen Publikum vorzulegen, glaubte ich von einer nähern Darstellung aller besondern Zweifel nicht mehr unterliegenden Punkte Umgang nehmen und nur diejenigen Fragen einer ausführlicheren Beleuchtung unterziehn zu müssen, deren Entscheidung für die Rechtsanwendung ebenso wichtig als zur Zeit noch bestritten ist.

Die Anordnung des Stoffs ergibt sich aus dem Wesen des Pfandrechts; es wird in gesonderten Abschnitten von dem Einfluss gehandelt werden, welchen die drei wesentlichen Bedingungen des Pfandrechts, Forderung, Gegenstand und Entstehungsgrund in ihren verschiedenen Modalitäten auf die Priorität des Pfandrechts äussern. Dieser Darstellung soll eine kurze Betrachtung über die Natur der römischen Pfandrechtstheorie als Grundlage

---

a) Dies bedeutet der Satz: prior tempore, potior jure. L. 4. Cod. qui pot. in pign. (8, 18.) L. 2. 3. §. 1. L. 11. pr. L. 12. pr. §. 10. D. qui pot. (20, 4.) L. 2. 6. 8. Cod. eod. L. 2. Cod. de his, qui in prior. loc. (8, 19.) L. 3. Cod. de remiss. pign. (8, 26.) Nov. 91. cap. 1.

für die folgende Erörterung vorausgehn und eine gedrängte Würdigung des Verhältnisses der gemeinrechtlichen Grundsätze über die Priorität zu den wichtigern particulären Pfandgesetzgebungen in Deutschland folgen.

Die hieher bezüglichen Vorschriften des römischen Rechts finden sich vorzugsweise in den Titeln der Digesten und des Codex: qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur. Dig. XX, 4. Cod. VIII, 18.

An Bearbeitungen von einzelnen Fragen ist diese Lehre reicher, als manche andere; dagegen hat sie, abgesehen von den Darstellungen in den Pandekten-Compendien und den Monographieen über die ganze Lehre vom Pfandrecht, nur einmal eine erschöpfende Behandlung erfahren, in der Inauguraldissertation von

F. C. Th. Hepp, dissertatio, qua inquiritur, ex quo tempore hypotheca bona debitoris afficiat. Lipsiae 1825. p. 193. 8.

Hiezu sind zu erwähnen zwei Recensionen von

Zimmern in Schunk's Jahrb. der gesammt. deutsch. jurist. Liter. Bd. II. S. 246—253. (1826)

und

Mayer, M. S. in der Tübinger krit. Zeitschrift Bd. II. S. 71—94. (1827)

an die sich hinwiederum ein antikritischer Nachtrag von Hepp im Archiv für civil. Praxis Bd. X. Nr. 12 (1827) reiht.

Zum Schlusse seien mir noch einige geschichtliche Bemerkungen erlaubt.

Die Frage nach dem Alter der Pfandrechte war nicht in allen Perioden der römischen Pfandrechtsentwicklung gleich wichtig.

Einfachheit und Bestimmtheit, die zwei Grundzüge des älteren römischen Privatrechts, kennzeichnen auch die frühesten Verpfändungsarten, fiducia und pignus. Wer verpfänden will, muss die Sache dem Gläubiger entweder zu Eigenthum, oder Besitz übergeben. Dadurch war die successive Bestellung mehrerer neben einander an der ganzen Sache bestehender Pfandrechte ausgeschlossen, und es konnte sich daher nur fragen, ob, nicht wann ein Pfandrecht entstanden sei, obwohl gerade die Lösung der letzteren Frage hier, wo sich die Constituirung in einem äusseren Acte manifestirte, gegründeten Zweifeln nicht hätte unterliegen können.

Erst als durch die Herausbildung der hypothekarischen Verpfändung [b]) die Nothwendigkeit wegfiel, die Sache vom Vermögen des Verpfän-

b) Die älteste Nachricht über die Hypothek gibt für Rom Cato: de re rust. cap. 146—150; dann Cicero ad famil. XIII. 56. — Die Frage über das

ders zu trennen und dem Gläubiger zu übertragen, und die blosse Uebereinkunft zwischen Beiden zur Entstehung eines mit dinglichem Schutze ausgestatteten Pfandrechts genügte, eröffnete sich die Möglichkeit einer mehrfachen Verpfändung im angedeuteten Sinn und damit die Frage nach dem gegenseitigen Verhältniss dieser mehreren Rechte. In Anerkennung der natürlichen Grundsätze, dass Niemand ein grösseres Recht auf einen Andern übertragen könne, als er selbst hat, und dass bestehende Rechte durch spätere Verfügungen nicht beeinträchtigt werden dürfen, hat das römische Recht für diese Collision im Allgemeinen die Auskunft getroffen, dass das ältere Pfandrecht vor dem jüngern den Vorzug haben solle. Nunmehr kam es darauf an, das Alter eines jeden Pfandrechts genau zu bestimmen; wenn aber diese Untersuchung schon an sich manchen Schwierigkeiten unterlag, so steigerten sich dieselben noch wesentlich, als neben die vertragsmässige Begründung die Entstehung durch Rechtsvorschrift, durch letztwillige Verfügung und durch richterliche Anordnung trat, als ferner, durch die einfache Voraussetzung der hypothekarischen Verpfändung nahe gelegt, die Verpfändbarkeit auf künftige Sachen in dem doppelten Sinn von künftig entstehenden und künftig zu erwerbenden ausgedehnt wurde.

Unzweifelhaft bezeichnet die Hypothek einen Fortschritt in der Entwicklung des römischen Pfandrechts, und es ist erklärlich, dass sie bald die beiden andern Pfandformen an Bedeutung überflügelte, so dass zur Zeit der klassischen Jurisprudenz die Fiduzia, wenn gleich nicht ausser Anwendung [c]), gewiss aber in seltenerem Gebrauch, die Theorie vom Besitzpfand aber fast ganz in den Grundsätzen der Hypothek aufgegangen war [d]).

---

historische Verhältniss dieser Verpfändungsart wird schwerlich jemals mit genügender Bestimmtheit gelöst werden können; als Repräsentanten der beiden entgegengesetzten Ansichten können bezeichnet werden: Puchta, Cursus der Instit. Bd. II. §§. 247—251 und Rudorff, Zeitschr. für geschichtliche Rechtsw. XIII. 4. Des Letzteren Anschauung nähert sich der neueste Bearbeiter Brinz, Pand. (1857) §. 80.

c) Das wird verbürgt durch Gai. II. 60. III. 201. Paul. Sent. Rec. II. 13. Selbst unter den Kaisern Arcadius und Honorius wird ihrer noch als eines giltigen Instituts gedacht L. 9. Cod. Theod. de infirm. his, quae sub tyrann. (15, 14) — pignoris atque fiduciae obligatio perseveret. Im Justinianischen Recht tritt sie mit der in jure cessio und mancipatio aus der Reihe der geltenden Rechtsinstitute.

d) L. 5. §. 1. D. de pign. (20, 1). — Inter pignus autem et hypothecam tan-

Indess trug gerade die an sich wohlthätige Erleichterung und Erweiterung der Verpfändung in ihren Consequenzen, namentlich in Verbindung mit den grossentheils irrationellen Vorzugsrechten, wie sie in der mittleren und späteren Kaiserzeit entstanden, dazu bei, den Werth des Instituts zu untergraben, indem man nicht im Stande war, den aus der Formlosigkeit der Pfandbestellung und dem Mangel jeder äussern Ersichtlichkeit der vorhandenen Pfandrechte entspringenden mannigfachen Auswüchsen durch wirksame Massnahmen vorzubeugen. Die Einsicht in das Uebel und das Bedürfniss nach Abhilfe hat auch bei den Römern nicht gefehlt; verschiedenartige in dieser Richtung gemachte Versuche [e]), deren Reihe sich mit der wohlgemeinten, aber ganz ungenügenden Bestimmung Leo I. [f]) schliesst, zeugen dafür; es gebrach bei aller Intelligenz an der moralischen Kraft, der überströmenden Entwicklung mehr als palliative Schranken zu setzen.

Erst auf deutschem Boden erwuchs eine Reform, die den Anforderungen eines gesunden Realkreditsystems ein Genüge that, damit aber freilich das römische Recht in vielen Grundprincipien verdrängte.

---

tum nominis sonus differt. §. 7. Inst. de act. (4, 6); dann die Titelrubriken Dig. XX, 1—6. Cod. VIII, 18.

e) Man suchte zunächst damit zu helfen, dass man denjenigen Verpfänder als Betrüger bestrafte, der bei einer weitern Pfandbestellung das an der Sache bestehende Pfandrecht verheimlichte. L. 16. §. 1. L. 36. §. 1. D. pign. act. (13, 7.) L. 3. §. 1. D. de stellion. (47, 20).

f) L. 11. Cod. qui pot. (8, 18).

Erster Abschnitt.

Ueber die eigenthümliche Natur des römischen Pfandrechts und über das Princip für die Bestimmung der Priorität.

§. 2.

Zwei Momente scheinen mir bei Beurtheilung unserer Streitfrage bisher nicht die verdiente Berücksichtigung erfahren zu haben, obwohl gerade sie geeignet sind, über so manche schwierige Punkte Licht zu verbreiten und den inneren Zusammenhang der anscheinend so disparaten Bestimmungen erkennen zu lassen. Es ist dies einerseits die Natur des neueren römischen Pfandrechts als eines Erzeugnisses der prätorischen Jurisdiktion, andererseits der damit zusammenhängende Umstand, dass die Priorität keineswegs durch die Entstehung des Pfandrechts bestimmt wird. Ihnen soll zunächst das Augenmerk zugewendet werden.

§. 3.

Die Institute des prätorischen Rechts, durch die Unzulänglichkeit des alten Civilrechts für die veränderten Verhältnisse des Lebens hervorgerufen und bestimmt, einem gefühlten Bedürfnisse Abhilfe zu verschaffen, leiten ihren Ursprung aus einer Klagformel ab, mittelst welcher der Prätor einem Anspruch, der im Civilrecht keine Anerkennung fand, rechtlichen Schutz verlieh. Diese Entstehung ist für die Ausbildung jener Institute, namentlich aber für das hypothekarische Pfandsystem von der höchsten Wichtigkeit gewesen; denn als die Formel allmälig eine feste Gestalt gewonnen hatte, bildete ihr Inhalt die Grundlage, auf welcher sich die Theorie von der hypothekarischen Verpfändung aufbaute; die Grundsätze, welche

zunächst allgemeine Anerkennung fanden, waren nur Auslegungen der einzelnen Formelbedingungen [a]). Ein an sich so elastischer Rahmen bot aber zur weitesten Fortbildung Gelegenheit; und dass diese auch in vollem Masse benützt wurde, lässt sich bei der produktiven Thätigkeit der römischen Jurisprudenz von selbst begreifen. Ihr Bestreben, das bestehende Recht mit dem fortgeschrittenen Rechtsbewusstsein und mit den Anforderungen des Verkehrs in Einklang zu bringen, konnte sich hier in einer weit unbeschränkteren Weise geltend machen, als anderwärts. Aber wie die römische Jurisprudenz hiebei nirgends rein dialectisch verfuhr, so musste ihr Augenmerk auf die Ausbildung der Rechtssätze nach Massgabe der praktischen Angemessenheit und Billigkeit um so mehr hier gerichtet sein, wo diese die Wurzel des ganzen Instituts bildeten [b]). So sehen wir denn auch, dass Zweckmässigkeit und Billigkeit auf die Entwickelung des Pfandrechts einen ungleich mächtigeren Einfluss geübt haben, als sie dies bei den Instituten des alten Civilrechts vermochten. Das Civilrecht lässt sich der Utilität gegenüber zu Modifikationen herbei, es macht dem Bedürfniss Concessionen, aber nur soweit und wie sie sich mit den obersten Principien vereinbaren lassen [c]). Bei den prätorischen Rechtsinstituten fehlen nun zwar bestimmte Grundregeln keineswegs so gänzlich, dass sie im Grunde nur ein Conglomerat von unter einander unabhängigen Rechtssätzen wären, die nur in dem gemeinschaftlichen Zweck einen Zusammenhang haben. Aber indem die Herausbildung jener Grundregeln in eine

---

a) So entwickelten zwei römische Juristen, Gaius und Marcianus, die wichtigsten Pfandrechtslehren in einem „liber singularis ad formulam hypothecariam".

b) Einen recht schlagenden Beleg dafür, dass die Formelfassung keine unübersteigliche Schranke für die Verwirklichung der praktischen Rücksichten bildete, liefert die Entscheidung Marcian's in L. 13. §. 5. D. pign. (20, 1): verum quidem est pecuniam solutam non esse, sed auferri hypothecam iniquum est.

c) Man vergegenwärtige sich nur die Servitutenlehre; um einen Niessbrauch auch dem Erben zukommen zu lassen, hat man nicht eine Ausnahme von der Unübertragbarkeit gemacht, sondern durch die Verpflichtung zu neuer Bestellung geholfen. L. 5 pr. D. quib. mod. ususfr. (7, 4) L. 38. §. 12. D. V. O. (45, 1.) Durch eine andere Auskunft hat man die Restitution eines zur Dos gegebenen Ususfructus vermittelt; L. 12. §. 2. L. 38—40. 67. D. de ususfr. (7, 1.) L. 66. D. de jur. dot. (23, 3); ebenso auf eine mit einem bekannten Grundprincipe der Servituten (L. 5 pr. D. si ususfr. pet. (7, 6) verträgliche Weise den Erben gegen den Nachtheil geschützt, der ihm aus der Erlöschung einer Servitut an einer vermachten Erbschaftssache erwächst. L. 18. D. de serv. (8, 1.) L. 116. §. 4. D. legat. I. (30.)

Zeit fällt, wo sich die Thätigkeit der Jurisprudenz in Aufstellung von Rechtsnormen schon in sehr fruchtbarer Weise entfaltet hatte, war der Rechtsproduktion eine viel grössere Beweglichkeit verstattet, um den Anforderungen des praktischen Lebens und den Postulaten der Billigkeit Geltung zu verschaffen.

Es führt daher keine Verfahrungsweise leichter zu unrichtigen Resultaten, als wenn man an diese prätorischen Rechtsinstitute denselben Massstab strenger Folgerichtigkeit legt, und die — unter Voraussetzung einer durchgreifenden Herrschaft vollkommen ausgeprägter Rechtsprinzipien — aus den vorhandenen allgemeinen Grundsätzen gezogenen Consequenzen, selbst wenn sie vom Standpunkt des praktischen Bedürfnisses weder angemessen, noch billig erscheinen, als Bestimmung des positiven Rechts hinstellt.

Das Pfandrecht liefert uns hiefür die schlagendsten Belege, und es sei mir erlaubt, nur wenige zu berühren.

Es ist ein bekannter, keineswegs erst aus der Natur des Pfandrechts als eines dinglichen Rechts folgender [d]) Grundsatz, dass Niemand an seiner eigenen Sache ein Pfandrecht haben kann. Wo aber seine Anwendung zu einer Collision mit der Billigkeit und Zweckmässigkeit führen würde, da statuiren unsere Quellen [e]) — wenn man sich auch gegen die Annahme eines Pfandrechts an der eigenen Sache sträubt — die pfandrechtlichen Wirkungen [f]).

Als eine andere fundamentale Regel müssen wir trotz der energischen Opposition [g]), welche sich in neuerer Zeit dagegen erhoben hat, den Satz ansehen, dass das Pfandrecht ein accessorisches Recht ist und nur mit der Forderung, zu deren Sicherheit es bestellt ist, entstehen und bestehen kann. Eine ganz consequente Ausbildung dieses Begriffs hätte aber nothwendig

---

d) Die römischen Juristen sind auch weit entfernt, ihn aus der Dinglichkeit des Pfandrechts herzuleiten; es zeigt dies die Zusammenstellung in L. 45 pr. D. R. I. (50, 17): Neque pignus neque depositum neque precarium neque emtio neque locatio rei suae consistere potest.

e) Ich erinnere an die bekannten und vielbesprochenen L. 30. §. 1. D. de exc. rei jud. (44, 2.) L. 1. Cod. si antiq. creditor (8, 20) L. 6. D. de distr. pign. (20, 5). L. 17. D. qui pot. (20, 4.) L. 3. Cod. de his. qui in prior. (8, 19.) L. 3. §. 1. D. de distr. pign.

f) Es wird nicht blos dem Pfandgläubiger, auf den die Sache eigenthümlich übergegangen ist, die Klage gegeben, sondern er muss sich auch fortwährend das jus offerendi von Seite eines nachstehenden Gläubigers gefallen lassen. Vgl. L. 2. 5. §. 1. D. de distr. pign. (20, 5.) L. 59. §. 1. De mand. (17, 1.)

g) Brinz, Pand. §. 78.

im Einzelnen zu offenbarer Unbilligkeit und zu einer lästigen Beschränkung des hypothekarischen Pfandinstitutes geführt, das von Anfang an den Bedürfnissen des Verkehrs in möglichst ausreichendem Masse Genüge thun sollte. In allen solchen Fällen hat die Rücksicht auf materielle Gerechtigkeit und auf sicherste und einfachste Verwirklichung des Zwecks der Verpfändung obgesiegt und jenen Grundsatz durchbrochen [h]).

§. 4.

Noch ein anderes Moment kommt hier in Betracht, das zwar dem Pfandrecht nicht specifisch, ihm aber in besonderem Grade eigen ist, dass nämlich die rechtlichen Bestimmungen aus dem unmittelbaren Privatverkehr hervorgegangen sind, indem die Abstractionen aus dem regelmässigen Inhalt der gangbaren Pfandgeschäfte durch die Vermittlung der Juristen, seltner durch einen legislativen Act als Regeln in das objective Recht eingeführt wurden. Bei manchen Rechtssätzen sind die Spuren dieses Ursprungs deutlicher noch zu erkennen, so bei der Verkaufsbefugniss, die sich aus einem gewillkürten Bestandtheil zum wesentlichen Inhalt des Pfandrechts herausbildete [a]); bei den gesetzlichen Hypotheken, von denen

h) Hiezu geben uns Beispiele: L. 59. pr. D. S. C. Treb. (36, 1.) L. 38. §. 5. D. solut. et liber. (46, 3.) L. 13. §. 4. D. pign. (20, 1.) L. 8. Cod. pign. (8, 14); dann die Fälle der hypothekarischen Succession, welche durchgängig eine Abweichung von der Regel der Untrennbarkeit des Pfandrechts von seiner Forderung enthalten. Vgl. hiezu namentlich Brinz, P. §. 78.

a) Die ältesten Nachrichten von der hypothekarischen Verpfändung — vergl. §. 1 Note b — erwähnen dieser Befugniss nicht; Gaj. II. 64 deutet ihren Ursprung aus dem Pactum de vendendo an. Zur Zeit der klassischen Jurisprudenz wird dasselbe vielfach noch ausdrücklich beigefügt, ohne dass aber das Recht des Gläubigers auf den Verkauf dadurch bedingt wäre; vielmehr hat die entgegengesetzte Uebereinkunft „ne liceat vendere“ schon nicht mehr die Kraft, dem Gläubiger diese Befugniss zu entziehn, und schliesslich läuft ihr Ausschluss sogar dem jus publicum (im Sinne von L. 38. D. de pact. 2, 14.) zuwider. L. 4. D. de pign. act. (13, 7.) Paul. S. R. II. 13. §. 5. L. 7 §. 2. D. de distr. pign. (20, 5.) nach der Emendation Puchta's in der Zeitschr. für gesch. Rechtw. XII. 6. und Vorles. ü. d. h. r. R. I. Beil. XIV. — Zu Papinian's Zeit hatte sich diese Rechtsentwicklung schon soweit vollzogen, dass der Vertrag, es solle der Gläubiger zum Verkauf einer Sache berechtigt sein, falls der andere Contrahent seiner Verbindlichkeit nicht nachkommen würde, als Pfandconvention aufgefasst wurde, L. 3. §. 2. D. qui pot. (20, 4.).

wenigstens die älteren aus dieser Quelle stammen[b]), bei der Bestimmung über den Umfang des Pfandnexus bei generellen Verpfändungen[c]) u. s. w. Bei der engen Verbindung, in welcher die römischen Juristen zur Rechtspflege standen, war dieser Anschluss an die Erscheinungen des praktischen Lebens natürlich; er musste einen um so eingreifenderen Einfluss äussern, je freier ihre Stellung gegenüber dem Rechtsstoff war.

Hieraus folgt für die römische Pfandrechtstheorie Zweierlei: Einmal, dass die meisten Rechtssätze nicht streng bindender Natur sind, sondern durch eine andere Privatdisposition ausgeschlossen werden können; zweitens, dass überall, wo die Gesetze zweifelhaft oder nicht ausreichend sind, kein Weg sicherer zu richtigen, dem Geiste der positiven Gesetzgebung entsprechenden Resultaten führt, als die Verfolgung der regelmässigen Absicht der Parteien.

Fassen wir das Ergebniss der vorstehenden beiden Paragraphen zusammen, so haben wir praktische Angemessenheit, Billigkeit und, was damit Hand in Hand geht, die den Pfandgeschäften gemeinhin zu Grunde liegende Intention der Parteien als wichtige Faktoren bei der Entwicklung des Pfandrechtsdogma erkannt, und damit zugleich einen Wegweiser für die Auslegung der vorhandenen Gesetze gefunden.

§. 5.

Nirgends zeigt sich das Zusammenwirken dieser drei Faktoren deutlicher, als in den Vorschriften des römischen Rechts über den Altersvorzug. Die römische Jurisprudenz, welcher diese Lehre ihre Ausbildung verdankt, ist hiebei nicht von einem aprioristischen Begriffe, sondern von

---

b) L. 11. §. 5. D. pign. act. (13, 7.) L. 13. §. 8. D. furt. (47, 2.) — ut adsolet — vgl. auch L. 31. §. 20. D. Aed. Ed. (21, 1.). Im Einzelnen mögen freilich noch andere Motive mitgewirkt haben. — Eine andere Ansicht hat hierüber Brinz, P. S. 328 f. aufgestellt. Sein Bedenken aus L. 9. D. in quib. caus. (20, 2.) ist nicht gegründet; denn die Möglichkeit der Manumission eines verpfändeten Sklaven ist keine Eigenthümlichkeit der gesetzlichen Hypotheken im Gegensatz zu den durch Vertrag begründeten, sondern der generellen Verpfändung gegenüber der speciellen L. 29. pr. D. qui et a quib. man. (40, 9.) L. 3. Cod. de serv. pign. (7, 8.) coll. L. 6. pr. D. qui sine manum. (40, 8.).

c) L. 6—9 pr. D. pign. (20, 1.) L. 13 pr. L. 34 pr. D. eod. L. 9. Cod. quae res pign. (8, 17.).

dem Inhalt der hypothekarischen Klagformel ausgegangen; und da die Bestandtheile derselben gerade in der Beurtheilung des Altersvorzugs am Wenigsten beengend wirkten, hat sie, durch einen richtigen praktischen Takt geleitet, demjenigen Ausdruck gegeben, was der Zweck der Verpfändung, eine natürliche Auslegung des Parteiwillens und die Rücksicht auf materielle Gerechtigkeit zu fordern schien. So wenig nun auch bei Aufstellung und Entwicklung der Prioritätsgrundsätze ein von Vornherein formulirtes Princip den Ausgangspunkt gebildet hat, so lassen sich doch die einzelnen vorhandenen Entscheidungen und Normen auf eine allgemeine Regel zurückführen, die nicht so einfach, wie die Principien des alten Civilrechts, gerade in dieser Vielgliedrigkeit die eigenthümliche Bildung des Pfandrechts wiederspiegelt. Sie geht dahin,

dass die Priorität des Pfandrechts sich nach dem Zeitpunkt der Verpfändung bestimmt, wenn nur die Forderung, für welche Sicherheit verlangt und geboten wird, schon damals existent oder wenigstens der Willkür der beiden Parteien oder auch nur Eines Theils entrückt war, ausgenommen

a) es wurde von den Parteien der Rang des Pfandrechts anders festgestellt, oder es stehn

b) wohlerworbene Rechte Dritter entgegen.

Die Richtigkeit dieses Grundsatzes vom Standpunkt des positiven Rechts zunächst gegenüber der verschiedenartigen Beschaffenheit des Hauptanspruchs zu erweisen, ist die Aufgabe des folgenden Abschnitts. Einige allgemeinere Punkte bedürfen aber schon hier der Besprechung.

Die über die Priorität geltenden Vorschriften sind dispositiver Natur; der Willkür der Parteien in Bestimmung des Rangs eines Pfandrechts ist keine andere Schranke gesetzt, als die sich aus der Achtung bereits bestehender Rechte Dritter ergibt. Aber auch das positive Recht überschreitet diese Schranke im Allgemeinen nicht. Es können allerdings Gründe vorhanden sein, gewissen Rechten noch einen weiter gehenden Vorzug zu verleihen, und diess geschieht durch die sogenannten Pfandprivilegien; allein sie liegen schon ausserhalb des Bereichs der Priorität in dem weitern Gebiet der Potiorität, und bilden daher keine Modification der hier aufgestellten Regel, sondern der anderen, dass unter mehreren an derselben Sache bestehenden Pfandrechten das Alter den Vorzug bestimme.

Ein anderes, wie es scheint, schwerer zu beseitigendes Bedenken drängt sich bei Würdigung unseres Grundsatzes auf. Es ist nämlich gar nicht selten, dass Verpfändungen Statt finden, ehe noch die Hauptfor-

derung, für welche, oder der Gegenstand, an welchem das Pfandrecht bestehen soll, vorhanden oder der letztere im Vermögen des Schuldners ist. In Consequenz der aufgestellten Regel wird daher die Priorität zuweilen nach einem Zeitpunkt geordnet, der vor die Existenz des Pfandrechts fällt, da dasselbe erst durch die Vereinigung aller drei Bedingungen gebildet wird.

Hierin liegt nun das Hauptunterscheidungsmerkmal meiner Auffassung von der bisher fast ausschliesslich herrschenden[a]), nach welcher überall der Altersvorzug durch die Entstehung des Pfandrechts bestimmt werden soll.

§. 6.

Hätten die römischen Juristen bei Ordnung des Rangverhältnisses mehrerer an derselben Sache bestehender Pfandrechte den Begriff des Pfandrechts zum Ausgangspunkt genommen, und den Satz aufgestellt, dass nur das ältere Pfandrecht vor dem jüngeren den Vorzug habe, so würde die ganze Lehre an Einfachheit, einheitlicher Gestaltung, sowie an Sicherheit in der Anwendung nicht wenig gewonnen haben; dem Charakter des alten Civilrechts mit seinen fest ausgeprägten starren Principien und seiner unbeugsamen Consequenz wäre ein solcher Bildungsgang auch ganz und gar angemessen, wie er sich auch einer dogmatisirenden Auffassung durchweg empfiehlt.

Hiezu fehlte aber wenigstens in der Zeit, in welche der Anfang der Entwicklung unserer Lehre fällt, dieser abstracte Begriff des Pfandrechts. Die Thatsachen, welche die hypothecarische Verpfändung einschliessen, waren vor Ertheilung der Formula vom positiven Recht als rechtserzeugende nicht anerkannt. Auch der Prätor sprach nicht aus, dass unter den und den Umständen ein Pfandrecht vorhanden sein solle; er beschränkte sich darauf, der an sich faktischen hypothekarischen Verpfändung unter den von ihm festgestellten Voraussetzungen gerichtliche Verfolgbarkeit zuzusichern. Nun lag freilich der Rückschluss von der Klage auf das Recht nahe; allein da die Grundlagen des letzteren keine anderen waren, als die Formelbedingungen, so hatte diese Folgerung keinen praktischen Werth. Desshalb gehn die römischen Juristen bei Untersuchung pfandrechtlicher Fragen von dem Gesichtspunkte aus, ob eine Klage stattfinde, nicht ob das Recht vor-

---

a) Meines Wissens haben nur Windscheid in einem akademischen Programm: die Wirkung der erfüllten Bedingung, Basel 1851, S. 20 und Scheurl in der Münchner krit. Ueberschau Bd. V. S. 31 sich gegen die unbedingte Richtigkeit dieses Satzes erklärt.

handen sei. Auch bei Lösung des Problems, wie das Verhältniss mehrerer Gläubiger zu bestimmeu sei, für welche sämmtlich die Voraussetzungen der Pfandklage in Ansehung derselben Sache vorhanden waren, rekurrirte man nicht auf den Begriff des Pfandrechts; man knüpfte vielmehr auch hier an die Formula an und gelangte mit Herbeiziehung eines der Billigkeit entsprechenden Satzes zu der Entscheidung, dass derjenige Gläubiger den Vorzug haben solle, für welchen früher das Faktum der hypothekarischen Verpfändung, wie es die Formel enthielt [a]), eingetreten ist. Die uns von Marcian überlieferte Exceptio des ältern Pfandgläubigers gegen die hypothecaria eines jüngeren lautete:

si non mihi ante pignori hypothecaeve nomine sit res obligata [b]);

Also nur von der frühern Verpfändung oder genauer von „rem ante obligare" ist die Rede, nicht vom älteren Pfandrecht. Dass die Auffassung des Sachenpfandrechts als jus in re aliena zur Zeit der klassischen Jurisprudenz nicht unbekannt war, steht fest. Aber sie vermochte auf die weitere Entwicklung der Pfandrechtstheorie so wenig als der Formelbuchstabe einen beengenden, den Grundzügen des hypothekarischen Pfandinstituts widersprechenden Einfluss zu üben [c]). Insonderheit blieb auch fortan

---

a) Man darf sich unter den Voraussetzungen einer formula in factum concepta nicht blos nackte Thatsachen denken; pignori obligare ist ein juristisches Faktum, auch solvere, satisfacere, welche Ausdrücke der form. hypothecaria angehören, sind dieser Art. Vgl. Keller, röm. Civilprozess §. 33.

b) L. 12. pr. D. qui pot. (20, 4.). Streng genommen brauchte der beklagte ältere Pfandgläubiger nur darzuthun, dass ihm die Sache gleichfalls verpfändet sei; denn bei gleichzeitigen Pfandrechten bleibt der Sieg dem Besitzer — L. 20. §. 1. D. pign. act. (13, 7.) L. 16. §. 8. D. pign. (20, 1.) L. 1. §. 1. D. de Salv. interd. (43, 33.), — und demgemäss wird auch in derselben Stelle, dann von Ulpian in L. 10. D. pign. et hyp. die Exceptio dahin formulirt: si non convenit, ut eadem res mihi quoque pignori esset. Allein ein seines älteren Rechts sicherer Gläubiger konnte in jure sofort mit der Behauptung hervortreten, dass sein Pfandrecht älter sei; und in diesem Fall fasste auch der Prätor dem entsprechend die Exceptio. Als Kläger freilich gehörte dieses Moment zum nothwendigen Fundament seiner Replik. L. 12. pr. cit.

c) Nach einaader haben Rudorff, Zeitschr. f. gesch. Rtw. XIII. 4. (1846) und Bachofen, römisches Pfandrecht (1847) nachdrücklichst darauf hingewiesen, dass die Pfandklage die Grundlage für die Ausbildung der Pfandrechtsdogmatik gebildet habe, und damit die Bahn zum richtigen Verständniss der einzelnen Sätze dieser Lehre bezeichnet. Man darf aber desshalb nicht den Begriff des Pfandrechts als jus in re vom Standpunkt des Justinianischen Rechts ganz und gar verwerfen. Vgl. namentlich gegen Bachofen die Recension von Keller, in Richter's und Schneider's krit. Jahrbüchern Jahrg. 1847. S. 988 ff.

für die Prioritätslehre der aus dem Formelinhalt entnommene Begriff der pignoris seu rei obligatio das massgebende Moment [d]).

Fragen wir nun, was die römischen Juristen unter pignoris obligatio verstanden, so ergiebt eine nähere Untersuchung vor Allem, dass sie ebensowenig mit dem blossen Verpfändungsakt als mit Pfandrecht, im neueren Verstande, d. h. dem gegenwärtigen vollkommenen dinglichen Recht des Gläubigers identifizirt werden darf, obwohl sie häufig, ja regelmässig mit beiden zusammentrifft.

Pignoris obligatio ist nicht identisch mit Verpfändungsakt; das bezeugt Paulus in L. 4. D. quae res pign. (20, 3.); er sagt, dass, wenn ein Unterpfand bestellt werde für eine künftige Darlehensschuld, deren Contrahirung noch ganz im Belieben des Schuldners stehe, pignoris obligatio erst mit der Auszahlung des Gelds an ihn vorhanden sei; es bezeugt diess Gajus in L. 11. §. 2. D. qui pot. (20, 4.), wonach die Invekten und Illaten eines Pächters nicht schon durch die Pfandverabredung, sondern erst durch die Einbringung auf das Pachtgut „obligirt" werden [e]).

Aber auch mit dem Pfandrecht als jus in re aliena darf sie nicht auf eine Linie gestellt werden. Aus dem Wort „rei obligatio" soll für die diesseitige, kann aber auch für die gegentheilige Auffassung nichts gefolgert werden. Denn es lässt sich ein „Gebundensein" von Sachen auch in anderer Weise denken, denn als Folge eines daran haftenden dinglichen Rechts. Bachofen [f]) hebt folgende Anwendungen des Ausdrucks „obligare" auf Sachen hervor, in welchen entschieden kein jus in re vorliegt:

L. 18. §. 3. D. de mort. caus. donat. (39, 6.) — Qui hominem noxae nomine vel alias obligatum mortis causa acceperit — Julianus.

---

d) Diese untergeordnete Bedeutung des jus in re gegenüber der obligatio rei geht auch daraus hervor, dass jene Bezeichnung für das Pfandrecht in den Quellen nur zweimal vorkommt, und in einem Zusammenhang, wo es sich nicht um Folgerungen für die Pfandrechtstheorie handelte; L. 19. pr. D. de damno infecto (39, 2.) L. 30. D. de nox. act. (9, 4.), beide von Gajus. Sonst wird nur von der obligatio rerum, rem pignoris causa obligare, pignori obligare, auch obligare schlechthin und in verwandten Ausdrücken gesprochen. Vgl. Riedel in Hugo's civil. Magazin Bd. V. Abh. 3. Bachofen, a. a. O. S. 225. Not. 1.

e) Auch Bachofen a. a. O. S. 52 hat den Unterschied von pignoris conventio und obligatio betont.

f) A. a. O. S. 226.

L. 98. pr. D. de solut. (46, 3.) — Qui res suas obligavit, postea aliquam possessionem ex his pro filia sua dotem promittendo obligavit et solvit — Paulus.

L. 2. pr. D. de pollicit. (50, 12.) — Si quis rem aliquam voverit, voto obligatur. Quae res personam voventis, non rem, quae vovetur, obligat: res enim, quae vovetur, soluta quidem liberat vota, ipsa vero sacra non efficitur. — Ulpianus.

Damit ist erst dargethan, dass beide Begriffe für sich betrachtet nicht nothwendig einander gleich sind. Aber sie können nicht zusammenfallen; wir lesen ja nicht selten von einer obligatio rerum, quas quis habiturus est [g]); die Erklärung dieser obligatio mit Verpfändungshandlung haben wir schon oben zurückgewiesen. Von den übrigen unzweideutigen Beweisen, welche nur durch ein näheres Eingehn auf die einzelnen Gesetzstellen aufgezeigt werden können, wozu sich im Verlauf der folgenden Abschnitte mehrfach Gelegenheit ergeben wird, soll nur folgender, recht in die Augen springender hervorgehoben werden.

African motivirt in L. 9. pr. D. qui pot. (20, 4.) seinen Ausspruch, dass die Priorität des zur Sicherheit eines Vermiethers wegen der Miethzinse bestellten Pfandrechts nach dem Tage zu bestimmen sei, wo der Mieth- und Pfandcontract abgeschlossen wurde, mit den Worten:

licet enim eo tempore homo pignori datus esset, quo nondum quicquam pro conductione deberetur, quoniam tamen jam tunc in ea causa Eros esse coepisset, ut invito locatore jus pignoris in eo solvi non posset, potiorem ejus causam habendam.

Man wird zugeben, dass der Ausdruck jus pignoris noch mehr auf eine Identität mit jus in re pignerata d. h. dem vollkommnen dinglichen Recht hinzuführen scheint, als der Ausdruck pignoris obligatio. Kann daher zwischen jenen zwei Bezeichnungen ein begrifflicher Unterschied nachgewiesen werden, so darf ein Rückschluss auf das Verhältniss von pignoris obligatio und jus in re wohl gewagt werden.

In der That lässt sich die Darstellungsweise African's durchaus nicht mit der Anschauung vereinigen, dass die Verpfändung schon das dingliche Recht des Gläubigers in vollkommner Weise erzeugt habe. Wozu die weite Umschreibung, wenn er nichts Anderes sagen wollte, als dass der Gläubiger von der Pfandverabredung an ein dingliches Recht an der Sache hatte? Warum gerade diese Ausdrucksweise, welche sonst nur von

---

g) L. 6. D. pign. (20, 1.) L. 7. §. 1. D. qui pot. (20, 4.) L. 28. D. de jur. fisc. (49, 14.) §. 5. Fragm. de jur. fisc. u. A.

einer Sache gebraucht zu werden pflegt, an der das dingliche Recht noch nicht zur Entstehung gelangt ist [h])? Der Gedankengang des Juristen ist vielmehr folgender: „Es ist noch kein Debitum vorhanden, darum auch kein Pfandrecht; doch ist die Sache nicht mehr in derselben Lage, als ob keine Verpfändung Statt gefunden hätte; diese hat an der Sache schon eine rechtliche Wirkung hervorgebracht, eben das jus pignoris, welche vom Schuldner nicht einseitig mehr getilgt werden kann, und darum wird nach diesem Moment der Altersvorzug geregelt.“ (Vgl. auch §. 9 unten).

Wenn nun aber pignoris obligatio mit keinem von beiden zusammengestellt werden darf: was ist sie dann?

Bei Begründung seiner Ansicht über die römische Praediatura führt Bachofen [i]) aus, „dass die obligatio des manceps und des praes, „„qui populo se obligat““ [k]) nicht in der Verpflichtung zu einer Leistung bestehe, wie die gewöhnlichen Obligationen zwischen Privaten, sondern in der Begründung einer Gewalt des Volks über seine Person; die Person befinde sich im Zustand der Verhaftung. Dieser Zustand übertrage sich auf das Vermögen [l]), und praedium obligatum bezeichne das verhaftete Vermögen, das, wenn es zu Forderungen kommt, von Staatswegen veräussert werden könne; mit dem Beginn der Verhaftung sei aber noch von keiner einzelnen Verbindlichkeit die Rede. Nachdem durch Ausbildung des vertragsmässigen Pfandverkaufs das Institut des conventionellen Pfandrechts sich der Prädiatur bedeutend genähert, sei diese Bedeutung von obligatio und obligatus auf die Gegenstände des Pfandrechts angewendet worden, wie umgekehrt auch das dem aerarium verhaftete Gut als pignus bezeichnet werde, was es im Grunde nicht gewesen. In Consequenz der falschen Annahme, dass in der obligatio immer eine Verpflichtung liege, habe man das Pfandrecht wegen der Benennung obligatio rei als dingliches Forderungsrecht aufgefasst; sie bezeichne aber wie in andern Fällen nur einen Zustand der Gebundenheit.“

---

h) Vgl. Not. k des folg. §.

i) Im angef. Werk Nr. IX.

k) Festus s. v. Praes. Müller pag. 223. Lex thoria cap. XXI. Zeile 47. — Vgl. über praedes und praedia auch Th. Mommsen, die Stadtrechte der Latinischen Gemeinden Salpensa und Malaca in der Provinz Baetica Lit. F: Cautionen praedibus praediisque, in den Abhandlungen der K. Sächs. Ges. der Wissensch. III. S. 466 ff.

l) Schol. Bob. in orat. pro Flacco bei Orelli tom. II. p. 144: ut — — qui pro mancipe vectigalium fidem suam interponeret, loco pignoris praedia sua rei publicae obligaret. Vgl. Mommsen a. a. O. S. 470. Not. 37.

Bei den spärlichen Nachrichten über jenes Institut ist schwer zu entscheiden, ob diese Darstellung auch durchweg sich in Richtigkeit verhalte; namentlich möchte ich bezweifeln, ob diese eigenthümliche Bedeutung von obligatio von dort erst auf das Conventionalpfand übertragen worden sei; glaube vielmehr, dass die bildliche Anwendung von obligare auf die Gebundenheit von Sachen eine nicht weniger allgemeine war, als dessen Gebrauch für persönliche Verpflichtungsverhältnisse. Aber darauf beruht auch der Werth dieser Entwicklung für unsere engere Frage keineswegs; sie liefert immerhin ein ganz merkwürdiges Analogon für unsern zwischen Pfandvertrag und dinglichem Recht in Mitte stehenden Begriff von pignoris obligatio. Mit letzterer bezeichnen aber die Juristen nichts Anderes, als den Zustand der Gebundenheit, welcher aus der Verpfändung hervorgeht, wie sie im vorigen Paragraphen als bestimmendes Moment für die Priorität dargestellt wurde. Also nicht die blosse Convention, sondern eine solche, welche zum Verpfändetsein führt; auch nicht jede, welcher ein Verpfändetsein folgt, sondern wo diese Folge nicht mehr durch die nackte Willkür eines jeden Paciscenten verhindert werden kann. Wir gewinnen damit einen Begriff, der allen nach der Natur des Gegenstands verschiedenen Arten des Pfandrechts gemeinschaftlich ist; an die Stelle der Sache tritt bei den andern Pfandrechten das jus in re, die Forderung als verhaftetes Objekt. Ja wir sehen noch weiter, wie sich die Verhaftung des Vermögenssubjekts so unmittelbar auf die einzelnen Objekte überträgt, und zwar gleichviel, wann sie in den Vermögenskreis dieser Person treten. Die quellenmässige Begründung dieser Begriffsbestimmung muss den Erörterungen im speziellen Theil vorbehalten bleiben. Hier soll nur im Allgemeinen darauf hingewiesen werden, dass unsere Quellen nirgends von pignoris seu rei obligatio sprechen, wo nicht eine Verpfändung in diesem Sinn vorliegt.

§. 7.

Obligatio pignoris erzeugt, wie schon das Wort andeutet, eine Gebundenheit; aber diese Gebundenheit ist sehr verschiedener Natur, je nachdem mit der Verpfändung die zwei andern Bedingungen des Pfandrechts zusammentreffen, oder noch die Hauptschuld oder der Gegenstand fehlt.

Im ersten Fall ist die Wirkung der pignoris obligatio gleich dem Inhalte des Pfandrechts, und es entspricht ihr das jetzt schon vorhandene dingliche Recht des Gläubigers; diess ist, wie schon bemerkt, der regelmässige Fall, und hieraus die bisherige Vermengung beider Begriffe erklärlich.

Aber wenn zur pignoris obligatio nichts gehört, als „rem obligare“, warum soll sie nicht auch für künftige Forderungen geschehen können?

In der That ist diese Möglichkeit in den Quellen im Allgemeinen sowohl, als durch einzelne Beispiele bezeugt. Wer der Ansicht huldigt, dass für die Priorität die Existenz des Pfandrechts den entscheidenden Zeitpunkt bildet, findet sich in nicht geringer Verlegenheit so manchen Fällen gegenüber, in welchen der Altersvorzug nach einem Moment geregelt wird, wo unleugbar die Hauptschuld noch nicht bestand.

Insoweit diess bei suspensiv bedingten Forderungen geschieht, hat die Sache zwar keine Schwierigkeit; die eingetretene Bedingung hat die Wirkung, dass die Existenz des Geschäfts auf den Zeitpunkt der Verabredung zurückbezogen wird, eine allgemeine Regel, die für die Verpfändung noch ausdrücklich bestätigt wird [a]).

Aber es kommen bedingte Ansprüche vor, bei welchen, wie aus andern Stellen gewiss ist, die rückwirkende Kraft der erfüllten Bedingung nicht eintritt, nämlich bei bedingten Vermächtnissen, wo aber gleichwohl dem dafür bestellten Pfandrecht derselbe Vorzug verliehen wird.

Zur Erklärung dieser, von jenem Standpunkt auffallenden Erscheinung sind von den Vertheidigern desselben namentlich zwei Ansichten aufgestellt worden, von denen aber weder die eine noch die andere einer nähern Prüfung Stand hält.

Man hat zunächst auch für die bedingten Vermächtnisse eine Rückziehung angenommen; damit stehn aber die klarsten Zeugnisse des geschriebenen Rechts im Widerspruch [b]).

Desshalb suchten Andere dadurch zu helfen, dass sie dem Pfandrechte einen von der Hauptschuld insofern unabhängigen Bestand vindicirten, als deren Entstehung für das Pfandrecht nicht die Bedeutung eines objectiven Erfordernisses habe, vor dem es nicht gedacht werden könne, sondern einer gewöhnlichen, mit dem Eintritt rückzubeziehenden Bedingung. Wir

---

a) L. 11. §. 1. D. qui pot. (20, 4) — cum enim semel conditio extitit, perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine conditione facta esset.

b) Man vgl. L. 1. §. 4. D. SC. Sil. (29, 5.) L. 27 pr. D. qui et a quib. (40, 9.) L. 42 pr. D. de O. et A. (44, 7); dazu L. 28 D. pign. (20, 1). L. 14. §. 3. D. quando dies legati (36, 2). L. 5 Cod. de cond. insert. (6, 46) u. A. — Es ist dieser Beweis in der neuern Zeit in überzeugender Weise geführt worden von Fitting: über den Begriff der Rückziehung (1856) Ziff. 30, worin ihm Scheurl a. a. O. S. 29 beigetreten ist. Sein andrer Recensent Windscheid, Heidelb. krit. Zeitschr. Bd. 4. S. 35 ff. stellt bekanntlich die rückwirkende Kraft der erfüllten Bedingung überhaupt in Abrede.

erhielten demnach ein Pfandrecht ohne Obligatio, ein accessorisches Recht ohne Hauptrecht d. h. eine juristische Unmöglichkeit c).

Diese Anschauung hat die gewichtigsten innern Gründe gegen sich und wird in den Quellen nichts weniger als bestätigt. Es ist nirgends gesagt, dass aus jenen Verpfändungen sofort Pfandrecht entspringe d), und ebensowenig wird überall mit Existenz der Forderung der Vorzug nach der Bestellung bemessen e).

Am Einfachsten wird die Schwierigkeit beseitigt, wenn man überhaupt die accessorische Natur des Pfandrechts im formellen Sinn leugnet und behauptet, dass dasselbe auch ohne eine ausser ihm stehende Forderung existiren könne f). Diese Ansicht ist indess ebensowenig stichhaltig; ihre Widerlegung würde aber hier zu weit abführen g).

---

c) Diese Meinung hat Fitting a. a. O. Not. 42 aufgestellt, ist aber darin schon von Scheurl a. a. O. bekämpft worden. Auch Huschke, Giess. Ztschr. Bd. 20. S. 151 unten sieht sich mit seiner Auffassung zu der Consequenz genöthigt, dass das Pfandrecht eine Zeitlang ohne Forderung bestehe: „Allerdings kann man aber gewissermassen sagen, dass hinsichtlich des Anfangs des Pfands hier bei der zweiten Art der Bestellung ein Fall vorliegt, wo das Pfandrecht rückwärts als existent gedacht wird, ohne dass eine Hauptobligatio vorhanden war." Vgl. im Uebrigen die Literaturnachweise bei Fitting a. a. O.

d) Scheurl bemerkt ganz treffend, dass in der hier besonders in Betracht kommenden L. 9. §. 2. D. qui pot. (20, 4) der Jurist sagt: tuendum eum, cui prius pignus datum esset, nicht: cui prius pignus datum etiam prius teneri coepisset.

e) Dies geht gerade aus den von Fitting citirten L. 4. D. quae res pign. L. 1. §. 1. L. 11. pr. D. qui pot. (20, 4) hervor. Der genannte Schriftsteller darf uns nicht mit dem Einwande begegnen, dass die Rückziehung in diesen Fällen cessire, weil die Schuld auf einer für den Debitor potestativen Bedingung stehe. Er lässt ja auch bei der Stipulation: Quantam pecuniam tibi intra illum diem dedero, tantam dari spondes? Rückziehung eintreten, obwohl die Annahme des Gelds für den Schuldner auch in diesem Fall eine Sache der Willkür ist. — Vgl. im Uebrigen unten §. 19.

f) So besonders Brinz P. §. 78.

g) Nur einige Bemerkungen seien mir vergönnt. Allerdings bedingt die materiell accessorische Natur eines Rechts nicht absolut eine accessorische Form. Die alte fiducia war keine Accession in diesem Sinn, und wenn es wahr ist, dass die Correalobligation in der Vertretung wurzelt — Brinz krit. Blätter Nr. 4 u. Pand. §. 142 fg. — so gibt auch sie uns ein Beispiel formeller Selbstständig-

Auf die richtige Spur leitet uns die bereits besprochene und im folgenden Abschnitt noch näher zu besprechende L. 9 pr. D. qui pot. Es wurde oben bemerkt, dass der Vorzug des Alters in dieser Stelle nicht daraus abgeleitet wird, dass mit der Verpfändung sofortiges Pfandrecht entstanden sei; der Grund ist vielmehr: quoniam jam tunc in ea causa Eros esse coepisset, ut invito locatore jus pignoris in eo solvi non posset. Was heisst diess Anderes, als dass die Pfandsache selbst schon durch die Verpfändung ergriffen, dass ihr eine rechtliche Eigenschaft aufgeprägt worden ist, welche unabhängig von dem Willen und der ferneren Berechtigung des Verpfänders an ihr haftet und gegen jeden folgenden Erwerber wirkt. Wenn in der Folge das noch fehlende Erforderniss hinzutritt, so entsteht das Recht zwar nicht rückwärts bis auf die Zeit der Begründung, aber für die Zukunft mit derselben Wirkung, wie wenn es schon damals zum vollkommenen Dasein gelangt wäre, so dass alle später begründete, wenn gleich früher entstandene Rechte nunmehr weichen müssen, wenn und insoweit sie jenes beeinträchtigen würden. Diese Erscheinung beschränkt sich nicht auf das Gebiet des Pfandrechts; zu jedem andern dinglichen Recht, namentlich zum Eigenthumsübergang kann durch einen rechtlichen Vorgang in ähnlicher Weise der Keim in die Sache gelegt werden, so dass bei Eintritt des vorausbestimmten Ereignisses das Recht unmittelbar und mit Verdrängung der Rechte, deren Ursprung nicht soweit zurückreicht h),

---

keit mit accessorischem Inhalt. Aber Eigenthumsübertragung und Obligatio haben noch andere Zwecke, als zur Sicherung eines ausser ihnen bestehenden Anspruchs zu dienen; das neuere Pfandrecht geht in dieser Bestimmung auf; daher muss jede Verpfändung auch äusserlich an eine davon verschiedene Obligatio angeknüpft werden, wie die formula hypothecaria ergibt. Ueberdiess ist der accessorische Charakter in den Quellen geradezu ausgesprochen L. 43. D. de solut. (46, 3), und in andern Stellen ganz unzweideutig vorausgesetzt z. B. L. 28. D. pign. (20, 1.) L. 29. pr. D. SC. Vell. (16, 1.) L. 13. §. 5. D. pign. L. 6. D. de hered. vel act. vend. (18, 4.) L. 6. 7. Cod. O. et A. (4, 10) u. A.

h) Rücksichtlich dieser Wirkung besteht zwischen der Collision der Rechte zweier Eigenthümer und zweier Pfandgläubiger der Unterschied, dass das Eigenthum des spätern Erwerbers für die Zukunft zu existiren aufhört, während das Recht des ältern Pfandgläubigers blos den Vorrang vor dem des jüngern erhält. Den Grund gibt Paulus in L. 30. §. 1. D. exc. rei jud. (44, 2) an: quia non ut in proprietatis quaestione, quod meum est, alterius non est, ita in obligatione utique consequens est, ut non sit alii obligatum, quod hic probavit sibi teneri.

entsteht [i]). Eine weitere Bestätigung für die Richtigkeit dieser Auffassung liegt in dem ganz gleichen Gebrauch der Worte „ea causa“ in dem häufig vorkommenden Satz: „res transit (transfertur, usucapitur) cum sua causa“ [k]).

Windscheid [l]) will diese Wirkung allein aus der Gebundenheit des Willens des Eigenthümers herleiten. Allein daraus liesse sich meines Erachtens nimmermehr erklären, wie es kommt, dass das bestellte dingliche Recht mit demselben Effect auch bei einem spätern Erwerber entsteht, der die Sache mittlerweile durch Ersitzung, also ganz unabhängig vom Recht des gebundenen Eigenthümers an sich gebracht hat.

§. 8.

Die sofortige Entstehung des Pfandrechts kann auch dadurch gehindert sein, dass dem Verpfänder die Verfügungsmacht über den Pfandgegenstand fehlt; nichts desto weniger ist pignoris obligatio möglich [a]), obwohl, wie bekannt, nicht jede Pfandverabredung über eine fremde, oder noch nicht existente Sache pignoris obligatio bildet oder zu wirklichem Pfandrecht führt. (Vgl. den 3. Abschnitt.)

Aber unmöglich kann die aus der Verpfändung entspringende Wirkung auch in diesem Fall in einer Ergriffenheit der Sache selbst bestehn; denn ein Dritter kann für sich keine Veränderung in dem rechtlichen Zustand einer Sache hervorbringen. Hier beschränkt sich allerdings die Wirkung vorerst auf eine Gebundenheit des Verpfänders, die sich aber mit dem Hinwegfallen des Hindernisses, d. h. mit dem Eigenthumserwerb unmittel-

---

i) Ein neuerer Schriftsteller Fitting a. a. O. S. 21 ff. u. S. 65 ff. hat hiefür das Kunstwort „Vorwirkung“ in Vorschlag gebracht, wogegen sich aber seine beiden Recensenten aus dem guten Grunde erklärt haben, weil es die Sache nicht bezeichnet. Scheurl nennt es „Bedingtheit ohne Rückziehung“. Im Uebrigen findet sich die Entwicklung dieses Begriffs und seine Abgrenzung von der Rückziehung bei Fitting ausführlich dargestellt.

k) Vgl. L. 18. §. 2. D. pign. act. (13, 7.) L. 12. Cod. de distr. pign. (8, 28.) L. 67. D. de contrah. emt. (18, 1.) L. 20. §. 1. D. de A. R. D. (41, 1.) L. 12. §. 2. D. fam. herc. (10, 2.) Noch prägnanter heisst es vom Statuliber: implicitus ei casus libertatis est. L. 6. D. si ex nox. caus. (2, 9).

l) Im angeführten Programm und im Archiv für civ. Prax. Bd. 35. Nr. 3; dazu die erwähnte Recension, namentlich S. 48 f.

a) L. 6. D. pign. (20, 1.) L. 7. §. 1. L. 21. pr. D. qui pot. (20, 4.) L. 28. D. de jure fisci (49, 14.) Vgl. auch L. 34. §. 2. D. pign. §. 5. Fragm. de jur. fisci.

bar und ohne das Zuthun von irgend einer Seite in eine Gebundenheit der Sache verwandelt. Dadurch unterscheidet sich jene persönliche Gebundenheit von einer blossen Verpflichtung zur Bestellung eines dinglichen Rechts. Weil es aber zunächst blos eine persönliche Gebundenheit ist, so folgt von selbst, dass sie keinen Rechten Eintrag thun kann, welche vor der Umwandlung in dingliche Gebundenheit, wenn gleich später, als die persönliche, an der Sache entstanden sind.

Pignoris oder rei obligatio gibt aber auch hier für die Priorität um so mehr den Ausschlag, als innerhalb der Rechte, welche allein durch den Eigenthumserwerb mit einander in Concurrenz treten, wiederum eine fingirte Rückziehung der dinglichen Wirkung auf den Zeitpunkt der Begründung Statt findet. Ich folgere diess aus der ausdrücklichen Bestätigung einer solchen Rechtsdichtung für einen nah verwandten Fall. Wenn nämlich der Eigenthümer die Verpfändung seiner Sache durch einen Dritten nachträglich genehmigt, so soll es so angesehen werden, als habe er schon im Moment der Verpfändung seine Einwilligung ertheilt; nur dass diese Fiktion durch den ausdrücklichen entgegengesetzten Willen ausgeschlossen wird und die mittlerweile vom Eigenthümer bestellten Pfandrechte unberührt lässt [b]).

Nichts ist wahrscheinlicher, als dass von einem gleichen Gesichtspunkt die Juristen in jenem erstern Falle ausgegangen sind. Denn die Convalescenz der Verpfändung einer dem Verpfänder nicht gehörigen Sache beruht meines Erachtens nur auf einer fingirten Ratihabition; da die Verweigerung der Genehmigung von Seite des Pfandbestellers oder dessen Erben eine dolose Handlung wäre, so hat das positive Recht die ausdrückliche Einwilligung dieser Personen für überflüssig gehalten und dieselbe Wirkung unmittelbar an den Eigenthumserwerb geknüpft. Diese Convalescenz hat daher mit der andern, durch die Genehmigung des dritten Eigenthümers hervorgebrachten dieselbe Quelle, und desshalb scheint mir auch eine Gleichheit in der rechtlichen Beurtheilung angenommen werden zu dürfen. —

b) L. 16. §. 1. D. pign. (20, 1.) Es ist die Rückziehung eine allgemeine Wirkung der Ratihabition L. 7. Cod. SC. Mac. (4, 28.) L. 25. Cod. de donat. inter. vir. et uxor. (5, 16.)

Zweiter Abschnitt.

Von der Forderung.

§. 9.

Obligatio und debitum.

Im Bereich der Obligationen macht sich bei näherer Betrachtung ein durchgreifender Gegensatz bemerkbar zwischen Forderungsgrund (obligatio) und Forderung (nomen, actio) zwischen Verbindlichkeit (obligatio) und Schuld (debitum) [a]. Die Obligatio ist das Rechtsverhältniss, welches aus sich einen oder eine Mehrheit von rechtlichen Ansprüchen der einen Person an die andere entwickelt; Forderung und Schuld sind das aus jener hervorgegangene Produkt; nur letztere sind von der Person der Contrahenten ablösbar und fähig, in den Fluss des Verkehrs gebracht zu werden; jene haftet unzertrennlich an den Personen, zwischen welchen sie entstanden ist; diese bilden eine Vermögensmehrung (Activum) auf Seite des Gläubigers, eine Vermögensminderung (Passivum) auf der des Schuldners, jene kann an sich weder zu dem Einen, noch dem Andern gerechnet werden; diese können fortbestehen, wenn auch jene erlischt u. s. w. [b].

---

a) Diese Terminologie wird von den römischen Juristen insofern nicht streng eingehalten, als sie obligatio auch gleichbedeutend mit nomen und actio gebrauchen Vgl. §. 13.

b) Dieser Unterschied wurde früher mehr gefühlt, als klar erkannt und wiederum mehr in seinen handgreiflichsten Erscheinungen, denn als ein durchgehender Gegensatz; so von Mühlenbruch, Cession §. 2; Puchta, Pand. §§. 285, 299. 325. 369. 372 und Vorlesungen hiezu; Arndts Pand. §§. 285. 294.

Dieser Unterschied springt recht deutlich bei denjenigen Contrakten und contraktsähnlichen Verhältnissen in die Augen, welche nicht auf die Hervorbringung einer einzelnen Forderung angelegt, sondern die Quelle einer bestimmten oder unbestimmten Anzahl von Forderungen und Schulden sind oder wenigstens sein können. Dahin gehören vornämlich das Mandats-, Mieths-, Societäts-Vormundschaftsverhältniss; aber auch andere Obligationen, die ihrem Wesen nach nur auf eine einzelne Forderung (Guthaben) gerichtet sind, können durch die Aufnahme willkürlicher Zusatzverbindlichkeiten diese Eigenschaft erhalten, wie der Darlehenscontrakt, wenn ihm ein Zinsversprechen beigefügt wird.

Das Pfandrecht, dazu bestimmt, die Verwirklichung eines vermögensrechtlichen Anspruchs seinem Geldwerthe nach von der Zahlungswillfährigkeit und dem Zahlungsvermögen des Schuldners unabhängig zu machen, hat, wie die Bürgschaft, zu seiner Voraussetzung, dass etwas geschuldet wird, und entsteht daher nicht schon mit der Obligatio in dem angegebenen engern Sinn, sondern erst mit dem Debitum [c]; und wenn mehrere Debita aus einer Obligatio hervorgehen, so entstehen eben so viele einzelne Pfandrechte, welche nur Gegenstand und Entstehungsgrund gemeinsam haben.

Mit dieser Auffassung trete ich der bisher fast allgemeinen Anschauung [d]) geradezu entgegen, und doch folgt sie meines Erachtens mit Nothwendigkeit aus dem Wesen des Pfandrechts und gibt allein den Schlüssel zur richtigen Erklärung so mancher Erscheinungen, z. B. dass beim Miethkontrakt die Pfandsicherheit auf den Cessionar eines einzelnen Mieth-

---

313. 319. Ein Ansatz zu dessen praktischen Verwerthung findet sich bei Sintenis, Pfandr. S. 55. 358 ff. z. B. „das Pfandrecht bedarf zu seinem Anfang nur einer obligatio, nicht eines debitum." — Erst Delbrück, Uebernahme fremder Schulden (1853) S. 10 ff. und Brinz, Pand. §. 92. S. 394 ff. haben ihn zum Bewusstsein gebracht und nach einzelnen Consequenzen entwickelt.

c) Natürlich, wenn beide zeitlich aus einander fallen. Vgl. L. 9. pr. D. qui pot. (20, 4): quo nondum quicquam pro conductione deberetur — L. 3. §. 4. D. de adm. rer. ad civ. pert. (50, 8) — in eum casum pignora videntur data, quo recte convenitur. Es verhält sich daher gerade umgekehrt, als Sintenis — vgl. Note b — meint.

d) Indess hat schon Windscheid, angeführt. Programm S. 20 mit Beziehung auf L. 9 pr. D. qui pot. sich dagegen erklärt, dass die durch den Vertrag zwischen Vermiether und Miether sofort entstehende Obligatio die Unterlage des Pfandrechts bilde.

zinses übergeht, ohne dass sie der Cedent für seine übrigen Forderungen verliert [e]), dass das Pfandrecht auch nach dem Untergang der Obligatio fortbesteht, wenn einzelne Ansprüche hieraus noch ungedeckt sind. Wer eine sofortige Entstehung des Pfandrechts annehmen wollte, der wäre gezwungen, zuzugeben, dass dasselbe erst später seinen Inhalt bekomme; ein Pfandrecht ohne Inhalt ist aber ein juristisches Unding. Und wenn man wenigstens keine Mehrheit von Pfandrechten statuiren will, so gelangt man zu der Consequenz, dass neben die Forderung, wofür das Pfandrecht haftet, im Laufe der Zeit eine andere treten oder ihr sich substituiren kann, — eine Folge, die mit der Untrennbarkeit des Pfandrechts von der einmal seine Unterlage bildenden Forderung schwer vereinbar ist. Ich wüsste nur einen Ausweg, in der Annahme nämlich, dass ein und dasselbe Pfandrecht für mehrere Forderungen haften kann; diess aber scheint mir unerwiesen und unerweislich; wir werden immer nur mehrere, regelmässig unter sich gleichberechtigte Pfandrechte haben, und wenn sich unter den Forderungen eine solche befände, deren Pfandrecht einen besonderen Vorzug geniesst, so müssten wir diesem Privilegium auch bei einer gemeinschaftlichen Verpfändung — freilich nur auf den Betrag des privilegirten Anspruchs — Raum geben und folglich zu einer Trennung uns verstehen.

Dabei bleibt nur das Bedenken übrig, dass in den Quellen überall nur von Einem Pfandrecht, Einer Hypothek auch in den Fällen die Rede ist, wo ein obligatorisches Verhältniss eine Anzahl von Forderungen aus sich erzeugt, z. B. bei dem Pfand, welches der Vermiether erhält.

Dieser Sprachgebrauch erklärt sich aber ganz befriedigend daraus, dass die sämmtlichen allmälig hervorgehenden Pfandrechte aus demselben Constituirungsakt stammen und rücksichtlich ihrer Priorität als in demselben Zeitpunkt, nämlich mit der Pfandbestellung, oder was deren Stelle vertritt, entstanden behandelt werden [f]). Dass aber die Priorität nicht durch die Entstehung der einzelnen Schuldforderung [g]), sondern durch die Verpfändung bestimmt wird, bestätigen zwei unzweideutige Stellen:

L. 9 pr. D. qui pot. in pign. (20, 4) African. lib. 8. Quaest. —

e) Dafür enthalten die Quellen in L. 13. D. qui pot. (20, 4) ein klares Zeugniss.

f) So bedeuten auch die Worte Ulpian's in L. 1. §. 4. D. de migr. (43, 32) — cum in universam conductionem pignora sunt obligata — nichts Anderes, als: für alle hieraus entspringenden Ansprüche.

g) Es bedarf wohl kaum der Bemerkung, dass diess gleichmässig gilt, mag aus dem obligatorischen Verhältniss eine oder eine Anzahl von Schuldforderungen entstehen.

Qui balneum ex Calendis proximis conduxerat, pactus erat, ut homo Eros pignori locatori esset, donec mercedes solverentur; idem ante Calendas Julias eundem Erotem alii ob pecuniam creditam pignori dedit. Consultus, an adversus hunc creditorem petentem Erotem locatorem Praetor tueri deberet, respondit, debere; licet enim eo tempore homo pignori datus esset, quo nondum quicquam pro conductione deberetur, quoniam jam tunc in ea causa Eros esse coepisset, ut invito locatore jus pignoris in eo solvi non posset, potiorem ejus causam habendam.

Die Calendae proximae sind mit den Calendae Juliae identisch [h]; wir sehen also, das Pfandrecht wird nicht von der Fälligkeit der einzelnen Pachtzinse, nicht vom Beginn der Miethe, sondern von dem Augenblick datirt [i]), wo der Vertrag unter den Parteien gültig zu Stande gekommen ist. Ich habe bei einer früheren Gelegenheit (cf. §. 6) hervorgehoben, dass der Jurist keineswegs von der Ansicht ausgeht, es sei schon mit diesem Moment ein vollkommenes Pfandrecht vorhanden, was diejenigen beherzigen mögen, welche dasselbe an das primäre obligatorische Verhältniss anknüpfen. Sein Grund, warum er trotzdem die Rangordnung nach jenem Zeitpunkt regelt, ist, weil schon jetzt die Haftung der Sache der Willkür des Schuldners entrückt, mithin die Wirkung der Verpfändung eine objektive ist.

Die zweite Stelle ist:

L. 18 D. eod. Scaevola lib. 1. Resp. — Lucius Titius pecuniam mutuam dedit sub usuris acceptis pignoribus, eidemque debitori Maevius sub iisdem pignoribus pecuniam dedit. Quaero, an Titius non tantum sortis et earum usurarum nomine, quae accesserunt, antequam Maevius credidit, sed etiam earum, quae postea accesserunt, potior

---

h) Deutlicher sagen diess die Basiliken L. XXV. Tit. V. 7. *Μισθώσας σοι πρᾶγμα ἀπὸ Καλανδῶν Ἰουλίου ἔλαβον εἰς ὑποθήκην ἀγρὸν, καὶ πρὸ τῶν Καλανδῶν ἐξ ἑτέρου δανεισάμενος ὑπέθου τὸν αὐτόν.* Nach Heimbach tom. III. p. 80: Cum rem tibi locassem ex Calendis Juliis, fundum pignori acceperam, tuque ante Calendas ab alio pecunia mutuo sumta ei eundem fundum obligasti. Der 1. Juli war in Rom ein Miethziel. Vgl. L. 60. pr. D. loc. (19, 2) L. 41. pr. D. de contrah. emt. (18, 1.) L. 12. D. de precario (43, 24).

i) Ich werde mich im Verfolge des Ausdrucks „das Pfandrecht wird datirt“ der Kürze halber öfter bedienen, verstehe aber darunter nichts Anderes, als „die Priorität bestimmt sich.“

esset? Respondit, Lucium Titium in omne, quod ei debetur, potiorem esse [k]).

Dass dort die Miethe, hier das Darlehn auf eine bestimmte Zeit abgeschlossen war, ist nicht gesagt; es gelten daher die angeführten Entscheidungen nicht blos für befristete Obligationen. Ihre Ausdehnung dagegen auf solche Contraktsverhältnisse, welche durch eine willkürliche einseitige Handlung des Pflichtigen gelöst werden können, wie das Mandat, die Societät wegen des gesetzlichen Aufkündigungsrechts [l]), die Miethe, wenn dieses Recht vertragsmässig eingeräumt ist u. s. w., unterliegt gegründeteren Bedenken. Man kann behaupten und hat es gethan [m]), dass hier überall der blosse Consens keine Obligatio erzeuge, da deren charakteristisches Merkmal, das „vinculum juris, quo necessitate adstringimur" [n]), fehle. Indess haben wir gesehen, dass die sofortige Existenz des Schuldverhältnisses keine nothwendige Voraussetzung für die Bestimmung der Rangordnung nach der Pfandbestellung bildet, und es bleibt daher die Frage, ob die römischen Juristen in diesen Fällen eine Obligatio angenommen haben, für unsern Zweck ohne Interesse [o]). Aber der Umstand erregt allerdings

---

k) Die Glosse führt unter Berufung auf L. 28. §. 6 (L. 31. §. 4.) D. de liber. leg. (34, 3) diese Entscheidung auf die Regel zurück, dass das Accessorium dem Principale folge. Letzterer Satz aber ist in der Allgemeinheit überhaupt, und insonderheit in Anwendung auf den gegenwärtigen Fall unrichtig. Das Zinsversprechen kann nämlich entweder eine formell selbständige Obligatio sein, oder einen Bestandtheil des Hauptvertrags bilden. Im erstern Fall theilt die Zinsobligation das Schicksal der Hauptschuld nicht weiter, als dass mit Aufhebung derselben keine Zinsen mehr anfallen können; die bereits fälligen bleiben aber nach wie vor bestehen; der inconsequente Ausspruch Justinian's in L. 26. pr. Cod. de usur. (4. 32) darf darin nicht irre machen. Was nun das für ein solches Zinsversprechen bestellte Pfand betrifft, so richtet sich dessen Priorität nach seiner Bestellung, keineswegs nach dem Rang des Pfands für die Hauptobligation. Beschränkt man hingegen die Entscheidung Scaevola's auf den Fall einer auch formell accessorischen Zinsverbindlichkeit, so ist das nicht nur willkürlich und durch die Worte in keiner Weise gerechtfertigt, sondern geradezu unzulässig, weil dann der Zweifel vernünftiger Weise nicht hätte entstehen können.

l) Für das Mandat: L. 12. §. 16. L. 15. 22. §. 11. L. 27. §. 2. D. mand. (17, 1) §. 11. J. h. t. (3, 27 (26)). — Für die Societät: L. 4. §. 1. L. 63. §. 10. L. 65. §. 3. D. pro soc. (17, 2) §. 4. Inst. de societ. (3, 25).

m) Z. B. Brinz, Pand. S. 466, 476, 507.

n) Pr. Inst. de oblig. (3, 14).

o) Sie ist indess meines Erachtens richtiger zu bejahen. Dafür spricht schon

Anstoss, dass African seinenAusspruch darauf stützt, „quia invito locatore jus pignoris solvi non potest"; ein Motiv, das in positiver Fassung und noch bestimmter ähnlichen Entscheidungen anderer Juristen zu Grunde liegt p).

Betrachten wir die Frage zunächst vom allgemeinen Standpunkt, so ist kein rechter Grund zu erkennen, warum die Pfandsicherheit des Vermiethers eine geringere sein soll, wenn dem Miether ein Aufkündigungsrecht zusteht, als dann, wenn ihm diese Befugniss fehlt; warum der Mandant oder der Mandatar, warum der Socius, wenn es wirklich zu Forderungen aus diesen Contraktsverhältnissen kommt, in Ansehung des Pfandrechts schlimmer dastehen sollen, als Gläubiger aus andern Contrakten, die von vornherein keiner einseitigen Auflösung unterliegen. Der Einwand, dass jene die Entstehung von derartigen Ansprüchen durch rechtzeitige Aufkündigung verhindern können, falls ihnen das Unterpfand nicht mehr genügend scheint, erledigt sich, wenn man bedenkt, dass die Beobachtung dieser Vorsicht die Kenntniss aller späteren Verfügungen des Pfandschuldners voraussetzt, welche sich selbst bei der sorgfältigsten Controle zuweilen den Augen des Gläubigers entziehen werden. Man wird daher zugeben, dass aus allgemeinen Gründen gegen jene Ausdehnung nicht nur nichts einzuwenden, sondern dass sie dringend geboten ist. Sollte nun das römische Recht, welches sich gerade in der Lehre vom

---

der Satz: Obligatio mandati consensu contrahentium consistit L. 1. pr. D. h. t., und dass die Juristen sich dieser Bezeichnung nicht etwa so obenhin bedienen, zeigen die Untersuchungen in L. 2 eod., pr. u. §. 6: Tua gratia mandatum . . . non est obligatorium cf. L. 6. §. 5. L. 12. §. 13. L. 32. D. eod. Schlagender ist noch L. 6. §. 1 eod., in welcher Ulpian die Verpflichtung des Mandatars nicht aus der Geschäftsführung, sondern aus der Uebernahme des Mandats ableitet: nec enim ideo est obligatus, quod negotia gessit, verum idcirco, quod mandatum susceperat. Wenn sich Brinz durch die Annahme eines mit dem Mandatskontrakt gleichzeitigen — ausdrücklichen oder stillschweigenden — sofort verbindlichen Vertrags über die wechselseitige Schadloshaltung zu helfen sucht, so bezweifle ich, ob diese Auskunft eine glückliche ist; denn auch das letztere Uebereinkommen ist durch die Entstehung von konkreten Ansprüchen bedingt, und da diese eben durch die Aufkündigung verhindert werden können, so ist nicht abzusehen, warum der zweite Contrakt bindender sein soll, als der erste.

p) Paulus L. 4. D. quae res pign. (20, 3). Gaius L. 11. pr. D. qui pot. in pign. (20, 4); und darauf geht wohl auch die Entscheidung Papinian's in L. 1. §. 1. D. eod. hinaus.

Pfandrecht so eng an die Bedürfnisse des Lebens anschliesst, eine hiemit in Widerspruch stehende Bestimmung aufgestellt haben? Ich glaube nicht.

Für den Fall, dass der Ungebundenheit des pflichtigen Verpfänders nicht eine gleiche Willkür auf Seiten des Gläubigers entspricht, kommen uns die Quellen in erwünschter Weise zu Hilfe, nämlich in L. 1 pr. D. qui pot., deren nähere Betrachtung bei einer anderen Gelegenheit uns beschäftigen wird (cf. §. 13). Aber auch für den entgegengesetzten Fall sind wir zu jenem misslichen Resultat nicht genöthigt. Es besteht, wenn ich nicht irre, ein wesentlicher Unterschied zwischen einer vollgültigen Obligatio, die durch Einwirkung einer Partei rückgängig gemacht werden kann, und zwischen einer durch positive Handlung des Pflichtigen erst zu begründenden Obligatio. Die Möglichkeit der Vereitlung tritt bei der ersteren über ihrer Existenz in den Hintergrund; anders bei der zweiten, wo die Entstehung noch durch die Thätigkeit des Pflichtigen bedingt ist. Die angeführten Gesetze sprechen nur von Obligationen der letztern Art, und stehen also der Anwendung unseres Rechtssatzes auf diejenigen Fälle nicht entgegen, wo eine Verpflichtung bereits besteht. — Noch gegen einen möglichen Einwand ist die Ansicht, dass auch bei Pfandrechten für vom Schuldner einseitig auflösbare Contrakte die Priorität sich nach der Verpfändung bestimme, zu decken. Es ist nämlich oben die Behauptung aufgestellt und zu begründen versucht worden, dass das Pfandrecht sich nicht an das Mieth-, Mandats- oder Societäts-Verhältniss u. s. w. anlehne, sondern an die einzelnen hieraus hervorgehenden Ansprüche. Da nun letztere häufig erst die Folge einer positiven Handlung oder Unterlassung des Schuldners sind, deren Verhütung in seiner Macht liegt, so könnte man einwenden, dass diese Fälle mit den in den Gesetzen angeführten auf gleicher Linie stehen. Sehen wir indess von der Renunciationsbefugniss, wovon oben schon gehandelt wurde, ab, so kann der Pflichtige die Entstehung von Forderungen gegen ihn nur durch pünktliche Erfüllung seiner kontraktlichen Verbindlichkeiten verhüten; er ist daher bereits gebunden. Eine solche Gebundenheit hat auch African im Auge; denn es war wohl in Rom die vertragsmässige Festsetzung des Aufkündigungsrechts gar nicht so selten[q]), dass der Jurist hieran nicht gedacht haben sollte. Wenn aber für ein erst zu empfangendes Darlehn ein Pfand bestellt worden ist, wie es die Voraussetzung in den Note p) citirten Stellen ist, so steht der Pfandschuldner noch ausserhalb jeder Verpflichtung; erst und nur die Annahme des Darlehns bringt ihn in einen gültigen obligatorischen Verband.

---

q) Vgl. L. 4. D. locat. (19, 2.) — quoad is, qui eam locasset . . . vellet.

So glaube ich denn, dass das, was wir als Erforderniss des praktischen Bedürfnisses erkannt haben, durchweg positive Satzung des römischen Rechts ist, dass also in Ansehung der Priorität eines für die Verpflichtungen eines Mandatars, Mandanten, Socius etc. errichteten Pfands der Zeitpunkt der Bestellung massgebend ist.

§. 10.

Das am Schluss des vorigen §. gefundene Resultat ist von ganz besonderer praktischer Bedeutung; man braucht nur an die Pfandrechte zu erinnern, welche bei den mannigfachen Arten von Geschäftsführungen in fremdem Namen, seien sie im öffentlichen Dienst [a]), oder in Privatangelegenheiten, als Kaution vom Geschäftsführer bestellt zu werden pflegen. In einigen Fällen hat der Geschäftsherr schon ein gesetzliches Pfandrecht. Da nun die Legalhypotheken ihrer Mehrzahl nach aus der Gewohnheit wirklicher Verträge hervorgegangen sind, so werden sie sich auch von den vertragsmässigen Pfandrechten nur im Entstehungsgrund und, was dadurch nothwendig bedingt ist, unterscheiden, nicht in ihrer sonstigen rechtlichen Struktur. Finden wir daher bei ihnen einen Grundsatz, der nicht mit ihrem specifischen Wesen zusammenhängt, so dürfen wir einen Rückschluss auf seine Gültigkeit auch für die vertragsmässigen Pfandrechte machen; und eine Regel, die hier vielleicht nur in unsichern Spuren zu erkennen ist, wird zweifellos gestellt, wenn sie dort direkt ausgesprochen ist. Eine derartige Bestätigung findet sich nun für den oben aufgestellten Grundsatz über die Datirung desjenigen Pfandrechts, welches von Geschäftsführern wegen der Ansprüche an sie bestellt worden ist. Justinian hat nämlich bestimmt, dass die Legalhypotheken für Vermögensverwaltungen, insonderheit die der Kinder am Vermögen des zur zweiten Ehe schreitenden Vaters wegen der mütterlichen oder von mütterlichen Verwandten herrührenden Güter von dem Tage anheben sollen, wo die Verwaltung übernommen wurde oder hätte übernommen werden sollen [b]). Ein späteres Reskript desselben Kaisers enthält zwar

---

a) Das Verhältniss der Beamten und Geschäftsführer des Staats, der Gemeinden und anderer juristischer Personen ist ein dem Mandat ähnliches, daher in privatrechtlicher Hinsicht, wo nicht die Natur des Dienstes eine Abweichung bedingt, die Normen über das Mandat in Anwendung kommen. Seuffert, Pand. §. 335. Note 2.

b) L. 6. §. 4. Cod. de bon. quae liber. (6, 61) — sed cum tacitas hypothecas tam veteres leges in quibusdam certis casibus introduxerunt, quam

für das Pfandrecht der Ehefrau wegen ihrer Paraphernalkapitalien eine Abweichung von diesem Grundsatze, welche indess mit der besondern Stellung der Frau zu dieser Verwaltung motivirt wird *) und sonach die Regel bestätigt.

---

nos in maternis caeterisque donationibus, quas servare necesse est, et dubitabatur, ex quo tempore hypothecas competere oportet, utrumne ab initio, an ex eo tempore, ex quo male aliquid gestum erit; compendiosa narratione interpretamur, initium gerendae vel deserendae administrationis vel observationis esse spectandum et non tempus, ex quo male aliquid gestum fuerit. Anno 529. Der Eingang zeigt, dass der Kaiser nicht eine Entscheidung für einen einzelnen Fall, sondern eine allgemeine Norm aussprechen wollte. Zu den durch frühere Gesetze eingeführten Hypotheken gehört namentlich das Pfandrecht der Mündel am Vermögen der Vormünder. L. 20. Cod. de adm. tut. (5, 37.) Constantinus 314 (L. 1. Cod. Theod. h. t. 3, 30). — Nach richtiger Auffassung steht damit auch in Einklang, was L. 6. §. 2. Cod. de sec. nupt. (5, 9). Leo a. 469, ausgedehnt durch L. 8. §. 4. Cod. eod. Justinian. a. 528, für das Pfandrecht der Kinder am Vermögen des parens binubus wegen der lucra nuptialia bestimmt. Die Gesetze sehen es so an, als ob jeder Ehegatte die lucra nuptialia unter der Resolutivbedingung der weitern Ehe erwerbe. Mit ihrem Eintritt fällt vermöge der retrotraktiven Wirkung das Eigenthum an die Kinder vom Zeitpunkt des Erwerbs der Güter durch den parens binubus an, wesshalb auch die von ihm mittlerweile vorgenommenen Veräusserungen ungültig werden. Nov. 2. c. 2. Nov. 22. c. 26. Folglich zeigt sich jetzt, dass der Ehegatte an den ihm der Proprietät nach entgehenden Güter von Anfang an nur Niessbrauchs- und Verwaltungsrecht hatte, wesshalb ganz consequent das Pfandrecht der Kinder an diesen Moment geknüpft wird. Die meisten Juristen erblicken in dieser Bestimmung eine pfandrechtliche Singularität, was sie nicht ist. In Ansehung der gesetzlichen Hypothek der Mündel hat das französische Recht den nämlichen Rechtssatz wie das römische. Cod. Nap. art. 2135. 1e: Au profit des mineurs et interdits sur les immeubles appartenant a leur tuteur, à raison de sa gestion, du jour de l'acceptation de la tutelle.

*) L. 11. Cod. de pact. conv. (5, 14) — si quidem in dotali instrumento hypothecae pro his (sc. pecuniis mulieris) nominatim a marito scriptae sint, his esse mulierem ad cautelam suam contentam. Sin autem minime hoc scriptum inveniatur, ex praesenti nostra lege habeat hypothecam contra res mariti, ex quo pecunias ille exegit. Ante enim habeat mulier ipsa facultatem, si voluerit, sive per maritum sive per alias personas easdem movere actiones et suas pecunias percipere et ipsas cautiones a marito recipere, securitate ei competente facienda. A. 530. Eine andere Verfügung über die ausstehenden Schuldforderungen, als deren Beitreibung, ist dem Mann nicht gestattet, namentlich nicht Erlass oder Vergleich — vgl. das Erkenntniss des

In diesem Zusammenhang darf die Frage nicht unerörtert bleiben, wie es bezüglich der Priorität des Pfandrechts zu halten sei, wenn ein auf bestimmte Dauer geschlossenes Contraktverhältniss stillschweigend fortgesetzt wird. Für die Miethe [d]) besteht die gesetzliche Vorschrift, dass auch die Unterpfänder stillschweigend verhaftet bleiben, wenn sie nicht von einem Dritten herrühren [e]).

Hier ist nun festzuhalten, dass die sogenannte Fortsetzung des Vertrags im Grunde ein neuer Vertrag ist, beruhend auf der beiderseitigen, wenn gleich stillschweigenden Einwilligung; eine Consequenz hievon ist, dass relocatio nicht Statt findet, wenn ein Contrahent zur Zeit des Ablaufs des ersten Vertrags die Dispositionsfähigkeit verloren hat [f]). Endigt sich sonach die persönliche Obligatio, so hört auch das dafür eingeräumte Pfandrecht auf; das Pfandrecht für die relocatio ist ein durch stillschweigende Uebereinkunft neu bestelltes, welches erst mit ihr seinen Anfang nimmt. Es tritt also hier Alles ein, was sich bei einer ausdrücklichen Erneuerung von selbst versteht; denn selbst die Verabredung der beiden Contrahenten, es solle dem neuen Pfandrechte der Rang des alten gewahrt bleiben, oder, was auf dasselbe hinauskommt, es solle das alte Pfandrecht fortbestehen, wäre ungültig, weil dadurch die Rechte der nachstehenden Pfandgläubiger gekränkt würden. An dieser rechtlichen Auffassung der Sache könnten nur die von Ulpian in L. 13. §. 11 cit. gebrauchten Worte: etiam pignora videntur durare obligata [g]) irre machen. Wenn man indess die angeführten inneren Gründe erwägt, wenn man insbesondere ins Auge fasst, dass die durch das Gegentheil veranlasste Unbilligkeit gerade in der Lehre vom Pfandrecht nicht die mindeste Wahrscheinlichkeit

---

Berliner Cassations- und Revisionshofs in Seuffert's Archiv für oberstricht. Entsch. II. Nr. 190. — Daher lässt Justinian das Pfandrecht gerade mit dieser Verfügung beginnen.

d) Für die stillschweigende Fortsetzung der Miethe gebrauchen die Neueren die Bezeichnung relocatio, welcher Ausdruck in den Quellen nur für den Fall vorkommt, da der Vermiether die Wohnung an eine zweite Person vermiethet. L. 13. §. 10. L. 51. pr. D. locat. (19, 2) Dirksen manuale h. v. Für jenes Verhältniss haben sie die Ausdrücke reconducere, locationem renovare, ex integro locare L. 13. §. 11. L. 14. D. eod. L. 16. Cod. h. t. (4, 65).

e) L. 13. §. 11. D. eod. L. 16. Cod. h. t. — tacito consensu eandem locationem una cum vinculo pignoris renovare videtur.

f) L. 14. D. eod.

g) Eine ähnliche nicht buchstäblich zu verstehende Redeweise findet sich in L. 13. §. 1. D. SC. Vell. (16, 1) und L. 50. D. de minor. (4, 4).

hat, so wird man zu der Ansicht gedrängt, dass der Ausdruck Ulpian's nicht in streng juristischem Sinn aufzufassen ist, dass er vielmehr nur das bezeichnen will, was sich bei einer natürlichen Auffassung der Sache darbietet, wie man auch bei uns von einer Uebertragung und Fortdauer des Rechts in uneigentlichem Sinn zu sprechen pflegt.

Das Ergebniss ist also: das Pfandrecht für die aus der Relocatio entspringenden Miethzinsforderungen datirt erst vom Tage, an dem die alte Obligatio aufgehört hat; aber von da an auch für alle überhaupt anfallenden Zinsansprüche des Vermiethers, weil hierin wiederum die stillschweigende Entstehung des Pfandrechts der ausdrücklichen Bestellung für ein auf unbestimmte Dauer geschlossenes Miethverhältniss gleich steht h).

§. 11.

Die künftige Forderung.

Bei Aufzählung der möglichen Arten von Obligationen, welche eine taugliche Unterlage für das Pfandrecht bilden, sagt Marcian unter Anderm:

> sive in praesenti contractu sive etiam praecedat, sed et futurae obligationis nomine (sc. hypothecae) dari possunt [a]).

Was bedeutet futura obligatio? Das liegt zur Zeit noch im Streit.

Sintenis [b]) hat in ausführlicher Weise die Ansicht zu begründen versucht, dass die künftige Obligatio nach unserm heutigen Begriff und die

---

h) Aehnlich ist der Fall, wenn ein auf bestimmte Zeit geschlossenes Creditgeschäft, wobei dem Creditgeber zu seiner Sicherheit eine Hypothek bestellt wurde, stillschweigend fortgesetzt wird. Wenn in diesem Fall überhaupt die Pfandsicherheit in Ermangelung besonderer Verabredung fortdauert, was nach Analogie von L. 13. §. 11. cit. richtiger zu bejahen ist, so muss die Hypothek als mit Eintritt des vertragsmässig gesetzten Endtermins neu entstanden erachtet werden. Nicht anders gestaltet sich die Sache nach der Einrichtung der Hypothekenbücher, welche die Eintragung auf eine bestimmte Summe erfordert. Die französische Jurisprudenz ist über die Frage, ob die Hypothek bis zur Höhe der genommenen Inscription fortdauere, verschiedener Ansicht. Vgl. hierüber Zachariae franz. Civilr. Bd. 2. §. 266. Note 30.

a) L. 5. pr. D. pign. (20, 1.) Lib. sing. ad form. hyp.

b) Pfandr. §. 11. Der einzige Gegensatz von künftiger Obligatio ist nach ihm die bedingte Obligatio, die noch nicht existirt und nur in der Vorstellung der Contrahenten vorausgesetzt ist.

obligatio futura des römischen Rechts mit der betagten Obligatio, obligatio in diem, zusammenfalle, dass also eine Obligatio darunter zu verstehn sei, die schon jetzt vorhanden, deren Erfüllung nur in die Zukunft verschoben ist.

Andere [c]) setzen bedingte, betagte und künftige Forderungen einander gegenüber und fassen unter den letzteren die Obligatio, welche, ohne eine bedingte zu sein, noch nicht existirt, von der man aber annimmt, dass sie künftig entstehn möchte.

Brinz [d]) hat mit den eben Genannten gemein, dass er obligatio in diem und obligatio futura, nicht, wie Sintenis, identificirt; er unterscheidet sich aber von ihnen durch die Beschränkung des Begriffs auf diejenigen Obligationen, welche sich im Lauf der Zeit innerhalb eines Contracts entwickeln [e]), wovon in den 2 vorhergehenden Paragraphen gehandelt wurde.

Der Grund dieser verschiedenen Ansichten liegt darin, dass die wenigen Stellen, in welchen der Ausdruck überhaupt vorkommt, keinen bestimmt abgegrenzten Begriff entnehmen lassen.

Paulus [f]) gebraucht die Bezeichnung futura obligatio für zwei noch

---

c) Gesterding, Pfandr. S. 35 ff. Vangerow, Pand. §. 372. Anm. 3. Huschke, Giessen. Ztschr. Bd. 20. S. 153.

d) Pand. §. 78. S. 294.

e) Irre ich nicht, so hat ihn hiezu die Annahme bestimmt, dass nach L. 5. pr. D. cit. das für futura obl. bestellte Pfandrecht sofort existent sei, während bei der künftig möglichen Obligatio in L. 4. D. quae res L. 11. pr. D. qui pot. u. s. w. das Gegentheil gilt. Aber gerade jene aus L. 5. cit. gefolgerte Prämisse scheint mir sehr gewagt. Der Satz: sed et in conditionali obligatione (sc. res) non alias obligantur, nisi conditio extiterit, kann nur dann als Gegensatz zu dem Vorausgegangenen aufgefasst werden, wenn man mit Haloander das „et" nach „sed" streicht, wozu wir ohne äusseren Anhalt insolange nicht berechtigt sind als die handschriftliche Lesart einen — noch dazu guten — Sinn gibt. Aber selbst diese Textänderung als richtig angenommen, bezweifle ich, ob man dem ausgehobenen Satz einen so bestimmten gegensätzlichen Sinn unterlegen darf.

f) L. 89. D. V. O. (45, 1.) — lib. 9. ad Plautium. — Si a colono, cui fundum in quinquennium locaveram, post tres annos ita stipulatus fuero: Quidquid te dare facere oportet? non amplius in stipulationem deducitur, quam quod jam dari oportet. Si autem adjicitur: oportebitve, etiam futura obligatio deducitur. Eine andere, damit verwandte Stelle desselben Juristen L. 76. §. 1. D. eod. aus dem lib. 18. ad Ed. stellt ausser Zweifel, dass er

nicht verfallene Jahrespachtschillinge einer auf fünf Jahre abgeschlossenen Pacht, und stellt sie also mit der betagten Forderung auf eine Linie.

Dagegen setzt ebenso unzweideutig Marcian in L. 5. pr. cit. futura obligatio der bedingten und betagten Schuld entgegen. Die Art, wie Sintenis das Argument aus dieser Stelle zu beseitigen sucht, wird wenig Freunde finden. Wenn er insbesondere behauptet, dass sich unter futurae obligationes neben den in diem und sub conditione conceptis gar nichts Juristisches denken lasse, so liefert er wohl selbst dadurch den schlagendsten Gegenbeweis, dass er die mögliche Obligatio im Sinn von L. 4. D. quae res u. s. w. in seiner Classiffication nicht unterzubringen weiss. Und doch soll Marcian in L. 5. pr. die Obligationen, für welche ein Pfandrecht bestellt werden kann, vollständig aufgezählt haben!

Ganz unbestimmt lässt endlich Ulpian, was er in L. 6. §. 1. D. de fidejuss. (46, 1.)[g]) unter futura obligatio versteht. Die Worte lassen sich mit der Annahme einer betagten Obligatio recht wohl vereinigen; auch anderwärts wird obligatio in diem zur praesens obligatio in Gegensatz gebracht[h]). Was hindert uns aber, anzunehmen, dass Ulpian die Fälle der L. 132. §. 1. D. V. O. (45, 1.)[i]) L. 47. §. 1. D. fidejuss. im Auge gehabt, dass seine futura obligatio mit der futura actio Papinian's in L. 50. pr. D. de pecul. (15, 1.) gleichbedeutend sei? Ja es erhält der Satz, so aufgefasst, einen vorzüglichen Sinn gegenüber der beinahe trivialen Sentenz, dass ein Bürgschaftsvertrag für betagte Forderungen gültig abgeschlossen werden kann.

Dieser verschiedenartige Gebrauch erklärt sich aus der Doppelsinnigkeit des Worts obligatio, welches, wie §. 9 erörtert, bald für das obligatorische Verhältniss, bald für die Schuldforderung (nomen) steht.

---

nur eine obligatio in diem im Auge hatte. — Auf L. 89. cit. legt denn auch Sintenis sein Hauptgewicht. Wenn aber Brinz sie für seine Ansicht anführt, so scheint er das „quinquennium" zu übersehen. Gerade dadurch wird unser Fall der Obligatio auf eine bestimmte Anzahl jährlicher Leistungen ganz gleichgestellt, und Letztere ist doch unzweifelhaft eine betagte. Gaj. IV. 131. L. 14. pr. D. pign. (20, 1.) L. 35. §. 7. D. de mort. caus. donat. (39, 6.) L. 16. §. 1. D. V. O. (45, 1.).

g) Lib. 47. ad Sabinum. — Adhiberi autem fidejussor tam futurae, quam praecedenti obligationi potest, dummodo sit aliqua vel naturalis futura obligatio.

h) L. 9. pr. D. R. C. (12, 1.). Dagegen wieder L. 46. pr. D. V. O. (45, 1.).

i) Filiusfamilias stipulatus est: Quantam pecuniam Titio credidero, tantam fide tua esse jubes? —

Es wäre sehr wünschenswerth, dass endlich über den Sprachgebrauch eine Verständigung erzielt würde, und zu diesem Behuf empfiehlt sich die Auffassung der künftigen Forderung im Sinn einer „künftig möglichen", indem man hiedurch einen bestimmten, selbständigen, von bedingter und betagter Obligatio unterschiedenen Begriff gewinnt. Unter den „künftig möglichen" Obligationen lassen sich aber zwei Arten unterscheiden, nämlich

1) diejenigen Forderungen, welche möglicher Weise aus einem bereits bestehenden obligatorischen Verhältnisse hervorgehn;

2) diejenigen, bei denen weder obligatio, noch debitum vorhanden ist, und die von den bedingten dadurch verschieden sind, dass sie noch nicht erzeugt, contrahirt sind [k]).

Von der Priorität des für futurae obligationes im ersteren Sinn bestellten Pfandrechts habe ich bereits gesprochen; es ist nunmehr von dem Pfandrecht für die zweite Kategorie zu handeln.

§. 12.

Das ganze Gewicht der Entscheidung ruht hier auf einer richtigen Deutung folgender Stellen:

L. 4. D. quae res pignori (20, 3.) Paul. lib. 5. Resp. — Titius, cum mutuam pecuniam accipere vellet a Maevio, cavit ei et quasdam res hypothecae nomine dare destinavit; deinde postquam quasdam ex his rebus vendidisset, accepit pecuniam. Quaesitum est, an et prius res venditae creditori tenerentur? Respondit, cum in potestate fuerit debitoris, post cautionem interpositam pecuniam non accipere, eo tempore pignoris obligationem contractam videri, quo pecunia numerata est; et ideo inspiciendum, quae res in bonis debitor numeratae pecuniae tempore habuerit.

L. 11. pr. D. qui pot. in pign. (20,4.) Gajus ad form. hyp. — Potior est in pignore, qui prius credidit pecuniam et accepit hypothecam, quamvis cum alio ante convenerat, ut, si ab eo pecuniam acceperit, sit res obligata, licet ab hoc postea accepit; poterat enim licet ante convenit, non accipere ab eo pecuniam [a]).

---

k) Auch ein Lübecker O. A. G. Erk. vom 20. Juli 1846 (Seuffert, Archiv Bd. 1. Nr. 410.) unterscheidet zwischen oblig. in diem, sub conditione und futura, und versteht unter der letzteren die im Text angegebene zweite Kategorie.

a) Damit stimmen zwei Stellen überein, welche für uns um desswillen weniger

Das Pfandrecht, welches in Erwartung eines Darlehns bestellt wurde, hat vor der Auszahlung und dem Empfang desselben keine Wirkung; aber auch einmal entstanden erstreckt sich seine Wirksamkeit nicht über diesen Zeitpunkt zurück, so dass ein zwischen der Verpfändung und der Hingabe des Darlehns anderweit bestelltes sofort gültiges Pfandrecht den Vorrang hat, dass ferner von mehreren verpfändeten Sachen diejenigen vom Pfandnexus nicht ergriffen werden, welche vor jenem Zeitpunkt vom Pfandschuldner veräussert wurden [b]). Warum? Wir denken sofort an die accessorische Natur des Pfandrechts, und suchen das Motiv darin, dass kein Pfandrecht vor der Hauptschuld bestehen kann. Aber wie wir oben gefunden haben, entscheidet dieser Satz nicht für die Priorität. Der Grund des Juristen ist auch ein anderer, nämlich der: weil der Schuldner in seiner Macht hatte, die Annahme des Gelds zu verweigern.

Also darin liegt der Angelpunkt, ob dem Schuldner hinsichtlich der Eingehung der künftigen Obligatio bereits die Hände gebunden sind, oder nicht; nur unter jener Voraussetzung wird durch die Verpfändung, zu der noch der Hauptanspruch fehlt, das Pfandobjekt selbst ergriffen. Es stimmt diese Motivirung vollkommen mit der Entscheidung African's in L. 9. pr. D. qui pot. (vgl. §. 11.), und man ersieht hieraus, wie unrichtig

---

ergiebig sind, weil sie sich über den Grund nicht aussprechen; nämlich L. 1. §. 1. D. qui pot. Papinian. lib. 8. Quaest. — Alia causa est ejus, qui pignus accepit ad eam summam, quam intra certum diem numerasset, ac forte priusquam numeraret alii res pignori data est — und L. 8. Cod. qui pot. (8, 18.) Impp. Diocletianus Maximinianus — Diversis temporibus eadem re duobus jure pignoris obligata, eum qui prior data mutua pecunia pignus accepit, potiorem haberi, certi ac manifesti juris est. —

b) Hier mag eine eigenthümliche Bestimmung des österreich. Rechts Platz finden. Nach einer kaiserl. Verordnung vom 12. August 1851 (I. G. S. Nr. 184.) hat der im öffentlichen Buch eingetragene Eigenthümer das Recht, auf seiner Realität die Vormerkung der pfandrechtlichen Rangordnung für ein erst aufzunehmendes Darlehen im öffentlichen Buch zu bewirken, welche 60 Tage wirksam ist. Kommt das Darlehensgeschäft zu Stande, so ist in der Schuldurkunde das bereits angemerkte Pfandrecht auf den Darleiher zu übertragen, welcher nunmehr auf Grund dessen die förmliche Eintragung des Pfandrechts im öffentlichen Buch innerhalb der obigen Frist nachzusuchen hat. Die Hypothek erhält den Rang an der angemerkten Stelle selbst dann, wenn die Sache mittlerweile in den Besitz eines Dritten übergegangen ist. Michel, Hdb. des allg. österr. Privatr. Bd. 2. S. 37.

es ist, wenn neuere Juristen[c]) Alles darauf stellen wollen, dass die Pfandbestellung eben nur für das Darlehen geschah.

Wie aber, wenn der Schuldner sich bereits vorher durch Stipulation zur Rückgabe des zu empfangenden Darlehens verpflichtet hat[d])? Vor der Numeration hat der Gläubiger weder eine wirksame Klage aus der Stipulation, noch aus der Verpfändung; jener steht insolange die exceptio doli mit vernichtender Wirkung entgegen[e]); zur Entkräftung dieser bedarf es gar keiner Exceptio, es fehlt ihr an einer wesentlichen Voraussetzung, denn: intentio dati pignoris neque redditae pecuniae non aliter tenebit, quam si de fide debiti constiterit[f]). Aber auch die Priorität bestimmt sich nur nach dem Tage, an welchem das Darlehen ausgezahlt wurde; denn trotz der vorangegangenen Stipulation hat der Schuldner die Befugniss, das Geld auszuschlagen und sich jeder Verpflichtung zu entziehn[g]).

---

c) Z. B. Puchta, Pand. §. 210. Not. b. Vorles. I. §. 210.

d) Ein solcher einseitiger Vertrag über die Rückzahlung eines zukünftigen Darlehens wird wohl heutzutage nicht mehr vorkommen. Ein und derselbe Vertrag wird das Versprechen der Hingabe und das der Rückerstattung umschliessen, was bei der Stipulation unmöglich war.

e) Gaj. IV. 119. L. 2. §. 3. D. de dol. mal. et met. exc. (44, 4.) L. 3. Cod. de non num. pec. (4, 30.) §. 2. Inst. de exc. (4, 13.).

f) L. 1. Cod. si pign. conv. (8, 33.) (L. 1. Cod. de non num. pec.) coll. L. 2. Cod. eod.; zur erstern Stelle vgl. Bachofen, Pfandr. S. 45 fg.

g) L. 30. D. R. C. (12, 1.) Paul. 5 ad Plaut. — Qui pecuniam creditam accepturus spopondit creditori futuro, in potestate habet, ne accipiendo se ei obstringat. — Hepp im civil. Archiv Bd. 10. S. 282 und Sintenis Handb. des Pfandr. S. 359. Not, 3 vertheidigen — Letzterer namentlich mit Hinblick auf L. 68. D. V. O. (45, 1.) Paul. lib. 2 ad Ed.: Quodsi ita stipulatus fuero, pecuniam te mihi crediturum spondes? incerta est stipulatio, quia id venit in stipulationem, quod mea interest — die Ansicht, dass bei Verweigerung der Annahme des Darlehens der Schuldner auf das Interesse belangt werden könne. Vgl. auch die Citate bei Schulting-Smallenburg Not. ad. h. l. Dig. tom. III. p. 26 und bei Sintenis a. a. O. Die Worte der L. 30. cit. sprechen nicht dafür. Indess besteht kein Zweifel, dass heutzutage der Gläubiger mit seiner Interesseforderung gehört werden würde. Daher muss auch nunmehr die Entscheidung rücksichtlich der Priorität für den Fall, dass eine solche Verpflichtung des Schuldners vorausgeht, eine andere sein. Vgl. das Nähere §. 14. Not. l.

§. 13.

Eine viel behandelte Frage ist, wie sich zu den vorbesprochenen Gesetzen folgende Stelle aus Papinian's Lib. 8. Quaestionum verhalte:

L. 1. pr. D. qui pot. in pign. — Qui dotem pro muliere promisit, pignus sive hypothecam de restituenda sibi dote accepit, subsecuta deinde pro parte numeratione maritus eandem rem pignori alii dedit, mox residuae quantitatis numeratio impleta est; quaerebatur de pignore. Quum ex causa promissionis ad universae quantitatis exsolutionem, qui dotem promisit, compellitur, non utique solutionum observanda sunt tempora, sed dies contractae obligationis, nec probe dici, in potestate ejus esse, ne pecuniam residuam redderet, ut minus dotata mulier esse videatur [a]).

Von den verschiedenartigen Erklärungs- und Vereinigungsversuchen, welche hierüber in alter und neuer Zeit an's Licht getreten sind, will ich nur die wichtigeren ausheben.

Eine Anzahl Juristen [b]) findet die Lösung des Knotens in dem Umstand, dass das Versprechen der Dos schon eine Bestellung sei und die sofortige Verpflichtung des Mannes zur dereinstigen Rückgabe unabhängig von der Numeration begründe, nur dass, wenn die Dos nicht an die Frau oder deren Vater fallen soll, sofort mit der Bestellung der Vertrag über die Restitution an den Dritten verbunden werden muss [c]).

Sintenis [d]) betont, dass die Pfandbestellung für die von dem Dotal-

---

a) Hieran schliesst sich der im vorigen Paragraphen Not. a ausgehobene §. 1.

b) Puchta, Pand. §. 210 b. Huschke, Giess. Ztschr. Bd. 20. S. 155 ff. Windscheid, civ. Archiv Bd. 35. S. 69 ff. Aehnlich Mayer in der Tübinger krit. Ztschr. Bd. 2. S. 81 ff. — Glück, Comm. Bd. 19. S. 328 verwechselt die Obligatio auf Zahlung des Heirathsguts mit der auf Rückgabe desselben; es liegt auf platter Hand, dass sich die Hypothek nur auf die letztere bezieht.

c) Nach geschlossener Ehe gehört zur Gültigkeit eines der Bestellung nachfolgenden Vertrags über die Rückgabe der Dos an den dritten Besteller die Einwilligung der Frau. Arg. L 7. 20. §. 1. D. de pact. dot (23, 4.) L. 29. pr. D. solut. matr. (24, 3.) L. 7. Cod. de jure dot. (5, 12.). Vgl. auch L. un. §. 13. Cod. de rei uxor. act. (5, 13.) — cum donasse magis mulieri . . . . extraneus non stipulando videatur.

d) Handb. d. Pfandr. S. 361 ff. Festgehalten im prakt. gem. Civilr. I. §. 74. Note 2.

versprechen verschiedene vertragsmässige Verpflichtung des Ehemanns auf Rückgabe der Dos an den Constituenten erfolgte; diese Obligatio bestehe aber von Anfang an in gültiger Weise und daher beginne das Pfandrecht sofort mit der Verpfändung; ebenso wenn Jemand die Restitution eines Darlehens in Erwartung seines künftigen Empfangs mittelst Vertrags verspricht und hiefür ein Unterpfand gibt. Die spätere Zahlung begründe nicht erst die Verpflichtung, wie bei einem Darlehn ohne vorgängiges Restitutionsversprechen, sondern schliesse nur die exceptio doli aus.

Eine originelle, meines Wissens bis jetzt von Niemand getheilte Ansicht entwickelt Hepp [e]). Nach ihm ist in unserer Stelle gar nicht davon die Rede, dass das Pfandrecht für Rückgabe einer promittirten Dos schon mit der Bestellung anhebe; Papinian will nur aussprechen, dass eine solche Hypothek Eine sei, auch wenn die Zahlung in mehreren Raten erfolgt; diese Hypothek entsteht mit der ersten Zahlung, weil die dos pro parte soluta mit der solutio universae dotis, vorausgesetzt, dass der Rest wirklich gezahlt worden ist, gleiche Wirkung hat.

Wieder Andere [f]) finden in unserer Stelle den Rechtssatz, dass das Pfandrecht von der Bestellung datire, wenn der Schuldner, ohne selbst zur Eingehung der künftigen Obligatio gezwungen werden zu können, die Macht hat, den Gläubiger hiezu zu nöthigen. Das Papinianische Fragment verhalte sich zu den vorigen als Complement; zusammen ergäben sie das Resultat, dass das Pfandrecht für eine künftige Schuld allen später bestellten vorgeht, wenn entweder beide Theile, oder nur der Schuldner, oder nur der Gläubiger nicht mehr die freie Wahl haben, ob sie die Obligatio schliessen wollen.

Ich bin mit dem letzteren Ergebniss einverstanden, nicht so allenthalben mit der Begründung; es sei mir daher verstattet, auf eine Analyse der L. 1. pr. cit. einzugehen, wobei sich Gelegenheit ergeben wird, auf die abweichenden Ansichten einen kritischen Blick zu werfen.

Hier darf vor Allem nicht aus dem Auge verloren werden, dass der Besteller der Dos zugleich der Zurückforderungsberechtigte und Hypothek-

---

e) Im civ. Archiv Bd. 10. S. 282 ff. Halle'sche Lit. Zeit. 1832. S. 408 ff. Seine frühere Erklärung in der angef. Dissertation p. 108., der Zimmern in Schunk's Jahrbüchern Bd. 2. S. 249 Beifall gibt, stimmt mehr mit der Ansicht von Sintenis.

f) Gesterding, Pfdr. 1. Aufl. S. 30 ff. 2. Aufl S. 44 ff. Cropp in seinen und Heise's jurist. Abhandl. Bd. 2. Nr. 15. §. 3 ff. Vangerow, Pand. §. 372. Anm. 3. Arndts, Pand. §. 384. Anm. 5.

gläubiger ist. Mag sich nun sein Restitutionsanspruch auf eine ausdrückliche Stipulation, oder auf eine Rechtsvorschrift gründen [g]), soviel scheint mir unbestreitbar, dass ohne Numeration bei der promissio dotis so wenig als beim Darlehen die persönliche Klage auf Rückgabe oder die Klage aus der Hypothek mit Wirksamkeit angestellt werden kann [h]). Oder gilt vielleicht für das letztere Pfandrecht etwas Besonderes? Ueberall liegt demselben die natürliche Anschauung von Obligatio zu Grunde; nach ihr aber ist Niemand Gläubiger, dem und insoweit ihm eine exceptio perpetua entgegensteht [i]). Kommt daher das Pfandrecht nur insoweit zur Existenz, als die natürliche Unterlage durch Zahlung geschaffen wird, so ist nur eine Folge, dass, wenn die Numeration nicht auf einmal erfolgt, mit jeder Ratenzahlung ein eigenes, von diesem Moment sich berechnendes Pfandrecht entsteht.

---

g) Man versteht die Stelle gemeinhin — Cujac. comm. in libr. VIII. Quaest. Pap. ad h. l. ed. Fabrot. tom. I. p. 182. Glück, Comm. Bd. 19. S. 329. Sintenis, Handbuch S. 364 u. A. — von einer Dos, deren Restitution sich der Besteller ausdrücklich paktirte, einer sog. dos recepticia. Ulpian. Fragm. VI. §. 5. coll. L. 31. §. 2. D. de mort. caus. donat. (39, 6.). Die Stelle selbst enthält von einer solchen Stipulation auf Rückgabe nichts, und wir sind auch zu deren stillschweigenden Voraussetzung nicht genöthigt. Es gibt ja Personen, an welche die Dos gesetzlich nach Auflösung der Ehe fällt, die Frau und deren Vater. Erstere kann nun zwar nicht als Bestellerin angenommen werden, das geht aus dem Inhalt der Stelle hervor, wohl aber ihr Vater: und ebenso ist möglich, dass er sich für den Fall, da die Dos nach Rechtsvorschrift an ihn kommt — Ulp. l. c. §. 4. Fragm. Vat. §. 108. L. 6. pr. D. de jur. dot. (23, 3.) L. 5. D. de divert. (24, 2.) L. 10. pr. L. 59. D. solut. matr. (24, 3.) L. 71. D. de evict. (21, 2.) L. 5. Cod. sol. matr. (5, 18.) dazu L. un. §. 5. Cod. de rei uxor. act. (5, 13.) — Pfandsicherheit leisten liess.

h) Vgl. die im vorigen Paragraphen Not. e und f citirten Stellen.

i) L. 10. 55. D. V. S. (50, 16.). Diess übersehn die Anhänger der oben angeführten ersten und zweiten Meinung; vom Standpunkt des Dosbestellers ist die dos promissa der dos soluta durchaus nicht gleich. Zwar will Windscheid hiefür in L. 33. D. solut. matr. (24, 3.) ein Quellenzeugniss haben. Aber wenn er die Stelle unbefangen liest, so wird er sich überzeugen, dass das entscheidende Gewicht auf dem „adeundo hereditatem secum pensasse" liegt, dass daher die Stelle gerade das Gegentheil besagt. — Gegen die Ansicht, dass sofortiges Pfandrecht entstehe, hat sich jetzt auch Brinz, Pand. §. 78. S. 295 erklärt.

Diess erleidet nun, sagt Papinian, eine Modification, wenn sich Jemand für die Rückerstattung eines Brautschatzes Pfänder bestellen liess. Nicht dass das Pfandrecht vor der Numeration entstünde; davon gilt das oben Gesagte vollkommen [k]). Aber wenn die Zahlung wirklich erfolgt ist, so bestimmt sich die Priorität des oder der Pfandrechte, gleichviel wann gezahlt wurde, und ob auf einmal oder in Raten, nach dem Zeitpunkt der Verpfändung [l]).

Schwieriger und bestrittener, aber auch wichtiger ist für uns der Grund, welcher den Juristen bei dieser Entscheidung leitete. Er selbst gibt ihn an; allein der Ausdruck ist dunkel und bedarf der Interpretation. Ich glaube, seine Argumentation war folgende.

Wer ein Heirathsgut versprochen hat, kann vom Ehemann jederzeit auf Auszahlung desselben belangt werden. Dieser Verpflichtung kann er sich auch dann nicht entziehn, wenn der Ehemann die zur Sicherung seines dereinstigen Restitutionsanspruchs ausgesetzten Pfandobjekte inzwischen anderweit verpfändet oder veräussert hat. Nach strenger Consequenz könnte allerdings dadurch die Pfandsicherheit ganz oder wenigstens theilweise in Frage gestellt werden; denn den oben entwickelten Grundsätzen zufolge entsteht sein Pfandrecht erst mit der Numeration, und ergreift die Sache in der rechtlichen Lage, in welcher sie sich in diesem Zeitpunkt befindet. Diese Consequenz widerspricht aber allen Gesetzen der Billigkeit; desshalb eben wird die Priorität des für die Restitution eingeräumten Pfandrechts so beurtheilt, als sei dieses schon mit der Verpfändung entstanden.

---

k) Gesterding will wohl S. 41 nur sagen, dass die Entscheidung Papinian's ebenso ausgefallen sein würde, wenn vor der zweiten Verpfändung noch nichts bezahlt gewesen wäre.

l) Fast möchte ich in den Worten: non utique solutionum observanda sunt tempora eine Andeutung dafür finden, dass abgesehen von der besondern Beschaffenheit des vorliegenden Falls die Zeit der Einzahlungen für die Priorität massgebend sein würde. — Der dies promissae dotis ist zugleich der Tag, quo pignoris obligatio contracta est, und, falls eine besondere Verabredung über die Restitution Statt fand, fällt auch sie auf diesen Tag. Mag daher der Jurist unter der obligatio in „dies contractae obligationis" zunächst das Dotalversprechen im Auge gehabt haben, zu welcher Beziehung aber kein zwingender Grund vorhanden ist, so that er diess nur, weil auch die Verpfändung am selben Tage erfolgte; natürlich kann der Beginn der pfandrechtlichen Wirkungen nie vor den Constituirungsakt fallen.

Es liesse sich ein einfacherer Weg denken, um den Promissor der Mitgift gegen die Beeinträchtigung durch den Ehemann sicher zu stellen; man gibt ihm gegen die Klage des Letzteren auf Herausgabe der Dos, wenn dieser die Pfandsicherheit inzwischen geschmälert hat [m]), eine exceptio doli, oder, wo dieser Erfolg ohne eine Arglist von seiner Seite eingetreten ist, eine in factum exceptio [n]). Gegen diesen möglichen Einwand bemerkt Papinian, dass das Interesse, welches die Frau an der Auszahlung der Mitgift habe, der Gewährung der Retention im gegebenen Fall im Wege stehe [o]). Aber sollte man meinen, dieses Interesse erstreckt sich wenigstens nicht weiter, als dass überhaupt eine Dos eingebracht wird; der Betrag derselben kann ihr doch gleichgültig sein. Auch diesem Einwand spricht Papinian die Berechtigung ab; nec in potestate ejus esse, ne pecuniam residuam redderet, ut minus dotata mulier esse videatur [p]).

---

m) Auf diese Erklärung hat Cropp a. a. O. S. 423 hingewiesen; er verdient auch darum nicht die kurze Abfertigung, welche ihm Windscheid a. a. O. S. 71. Note 43 zu Theil werden lässt.

n) L. 7. §. 3 in fin. D. de jur. dot. (23, 3.)

o) Man hat gefragt, worin dieses Interesse der Frau bestehe, da sie ein Rückforderungsrecht in diesem Fall nicht habe. Es lässt sich in der That ein solches recht gut denken. Man vgl. L. 25. Cod. SC. Vell. (4, 29) und Glück, Comm. Bd. 19. S. 329. Es muss dies ja nicht gerade ein rechtlich verfolgbares sein, um bei Ertheilung der exceptio doli mit in die Wagschale zu fallen.

p) Dies scheint mir der Sinn des vielbesprochenen Satzes zu sein (nec probe dici relq.), welcher bisher für die Ausleger ein besonderer Stein des Anstosses war; Gesterding weiss mit ihm so wenig anzufangen, dass er ihn auf die Autorität der Basiliken hin (Lib. XXV. tit. 5. §. 1 ed. Heimb. tom. III. p. 79) am liebsten als müssigen Zusatz streichen möchte. Ganz unzulässig aus sprachlichen wie aus rechtlichen Gründen ist die früher sehr beliebte Meinung, unter dem ejus den Ehemann zu verstehen, wodurch das Papinianische Motiv auf dasselbe hinauskommt, was Paulus und Gaius in L. 4. D. quae res und L. 11. pr. D. qui pot. als Entscheidungsgrund anführen. Der Ehemann kann nie zur Annahme der dos gezwungen werden L. 49. D. de jur dot. (23, 3.) L. 66. §. 6. D. de solut. matr. (24, 3.) Dass hingegen reddere auch in der Bedeutung von dare vorkommt, lehren L. 21. D. de legat. II. (31.) L. 94. D. V. S. (50, 16.) L. 17. pr. D. usur. (22, 1.) L. 29. pr. D. legat. II. L. 73. §. 2. D. ad leg. Falc. (35, 2.) L. 48. D. V. O. (45, 1.) Vgl. im Ganzen Windscheid a. a. O. S. 70. Note 43. — Noch sei mir erlaubt, darauf hinzuweisen, dass nach der im Text gegebenen Auslegung ein Umstand in un-

§. 14.

Ist die gegebene Auseinandersetzung der Gedankengang Papinian's, so enthält unsere Stelle keinen singulären, auf den Fall des Dotalversprechens sich beschränkenden Rechtssatz; die Voraussetzung, dass der künftige Gläubiger nicht mehr in seiner Hand hat, ob er Gläubiger werden wolle, oder nicht, kann in gar mannigfachen Verhältnissen eintreten. Ein Beispiel gibt das Pfandrecht, welches zur Sicherheit der Regressforderung aus einer Bürgschaft für eine erst zu contrahirende Schuld eingeräumt wurde [a]). Dahin gehört der von Sintenis angeführte Fall, dass ein Banquieur einem Reisenden Creditbriefe einhändigt und sich zu seiner Sicherheit ein Pfand geben lässt; überhaupt die sog. Credithypothek [b]) d. h. das Pfandrecht desjenigen, welcher sich einem Andern gegenüber zu Vorlehen oder Lieferung von Waaren auf Credit, wenn dieser es begehren sollte, verpflichtet hat.

In allen diesen Fällen entscheidet für die Priorität der Moment der Pfandbestellung [c]). Man erwäge auch nur, was Billigkeit und praktisches Bedürfniss erheischen. Wer würde sich zur Eröffnung eines Credits herbeilassen, wenn er gewärtigen muss, dass ihm die anerbotene Caution vom Creditnehmer oder auch ohne dessen Zuthun inzwischen verkümmert werde. Fürs Pfandrecht haben aber diese Gründe nicht blos legislative Bedeutung.

Gegen die Verallgemeinerung der Entscheidung in L. 1 pr. cit. könn-

---

serer Stelle Bedeutung gewinnt, den die Erklärer von Cujaz bis auf den heutigen Tag — mit Ausnahme Hepp's nach seiner spätern Interpretation — für gleichgültig erachtet haben; ich meine den Umstand, dass zur Zeit der zweiten Verpfändung schon ein Theil der Dos vorausbezahlt war; dadurch war dem Juristen Veranlassung gegeben, einen weiteren Zweifelsgrund zu beseitigen.

a) L. 9. §. 1. D. de pign. act. (13, 7.) Die Bürgschaft kann ja auch für künftige Schulden eingegangen werden. Vgl. oben §. 11 u. §. 3 Inst. de fidejuss. (3, 21.)

b) Der Vorzug dieser Hypothek ist namentlich im französischen Recht vielfach ventilirt worden. Vgl. die Nachweise bei Windscheid a. a. O. S. 61 ff. Zachariae Hdb. des franz. Civilr. Bd. II. (Aufl. 5) S. 117. Note 30.

c) Damit stimmt die französische Rechtsprechung, welche bereits einen gleichmässigen Typus gewonnen hat, überein. Abweichend ist ein Erkenntniss des OAG. zu Celle vom 4. September 1821 Seuffert's Archiv Bd. 11. Nr. 21. Anders entscheidet auch Sintenis Hdb. S. 60. Note 2 zusammen mit S. 56 und pract. gem. Civilr. §. 68 Note 13, und vom Standpunkt der Quellen aus Windscheid, während er prinzipiell die im Text vertretene Ansicht gerechtfertigt findet.

ten vom Standpunkt der von uns gegebenen Erklärung zwei Einwürfe erhoben werden.

Papinian motivirt nämlich seinen Ausspruch unter Anderm damit, dass der Schutz des Gläubigers gegen die ihm aus der verminderten Pfandsicherheit drohenden Nachtheile nicht durch Gewährung einer exceptio gegenüber der Klage des Ehemanns verwirklicht werden könne, da das Interesse eines Dritten, nämlich der Frau, dadurch verletzt würde. Dieses Hinderniss steht nun nicht in allen Fällen entgegen, wo der Gläubiger zur Eingehung der Obligatio durch den künftigen Schuldner genöthigt werden kann; so kann insbesondere der Gläubiger bei der Credithypothek die Vorstreckung von Darlehn oder die Lieferung von Waaren verweigern, wenn eine solche Veränderung mit der Pfandsicherheit vorgegangen ist, und es steht nichts im Wege diesen Umstand vor Gericht mittelst einer Einrede wirksam geltend zu machen. Es fehlt sonach zur Ausdehnung des Papinian'schen Ausspruchs an dem nothwendigen Erforderniss der gleichen Voraussetzungen.

Diess ist im Ganzen richtig. Allein so entschieden ich der Ansicht huldige, dass sich die Gesetzesauslegung, wenn sie nicht über das ihr gewiesene Gebiet hinausgreifen will, im möglichst engen Anschluss an die Worte des Gesetzes halten muss, so wenig ich glaube, dass man sich zur Verwirklichung eines vermeintlichen oder wirklichen allgemeinen Rechtsgefühls über eine Vorschrift des positiven Rechts hinwegsetzen darf: so meine ich doch, dass man dem angeführten Motive Papinian's eine unverdiente Ehre erweisen würde, wenn man auf dasselbe ein argumentum a contrario bauen und daraus eine allgemeine Voraussetzung für den Pfandrechtsvorzug ableiten wollte. Augenscheinlich ist dasselbe nur nebenhergehend, während das eigentliche Gewicht der Entscheidung auf dem erstern Grunde ruht. Jenes dient nur zur Beseitigung eines im concreten Fall möglichen Einwands, ohne dass damit dessen allgemeine Richtigkeit anerkannt werden will d). Es ist eine nicht seltene Wahrnehmung, dass sich

---

d) Man versetze sich nur in die Lage des respondirenden Juristen. Er hätte sich gegenüber dem ihm gemachten oder zu machenden Einwand, dass der Gläubiger durch die exc. doli geschützt sei, darauf beruhen können, „dass Gründe der Zweckmässigkeit und Billigkeit dafür sprächen, dessenungeachtet der fraglichen Hypothek den Vorzug einzuräumen; es sei dem Gläubiger oft bei der grössten Vorsicht unmöglich, sich vom Stand der Pfandsicherheit ganz zuverlässige Kenntniss zu verschaffen; die Vollziehung der Geschäfte würde dadurch wesentlich verzögert u. s. w.; dieser Rücksicht habe nun das positive Recht durch die Gestattung des Vorzugsrechts Rechnung getragen." Im ge-

die Juristen solcher individueller Gründe zur Rechtfertigung eines Ausspruchs bedienen. Desshalb glaube ich, dass jene Worte nicht entscheidend genug sind, um daraus eine Folgerung zu ziehen, die weder billig noch praktisch angemessen wäre [e]). Eine sonstige Stütze für diese Auslegung fehlt.

§. 15.

Der andere ungleich gewichtigere Einwand gegen die Ausdehnung der in L. 1. pr. cit. gegebenen Entscheidung auf die Fälle, in welchen sich Jemand durch Stipulation zur Hingabe eines Vorlehens verpflichtet hat [a]), fusst gleichfalls auf einer inneren Verschiedenheit zwischen jenem ersteren Falle, und diesen letzteren. Aus der erwähnten Stipulation hat unzweifelhaft der Promissar nicht minder eine Klage als der Ehemann aus dem Dotalversprechen; allein während diese auf Auszahlung der Mitgift geht, kann jene nur auf das Interesse gerichtet [b]), mit ihr also die Existenz der Hauptforderung nicht erzwungen werden [c]).

Aber auch hieran kann meines Erachtens unsere bisherige Folgerung nicht scheitern.

---

gebenen Fall aber stand ihm zugleich eine andere Waffe zu Gebote, deren Gebrauch sich um so mehr empfahl, als er dabei auf demselben Boden stehen bleiben konnte und nicht nöthig hatte, auf die lex ita scripta zurückzugehen. Den letzteren Grund musste man besonders in einer Lehre vermeiden, die ihre Ausbildung vorwiegend der Jurisprudenz verdankte. Man beachte auch die Ausdrucksweise: nec probe dici; sie lässt recht wohl den Sinn zu: „im vorliegenden Fall kann man nicht einmal das einwenden, was man sonst gegen jenen — de jure feststehenden — Vorzug vorzubringen pflegt."

e) Man kann bei der Gesetzesinterpretation ebenso leicht in das andere, nicht minder bedenkliche Extrem verfallen, nämlich jedem Worte eine ganz besonders gewichtige Bedeutung zu unterlegen, die dem Gesetzgeber fern lag.

a) Wohl zu unterscheiden von der am Schluss des §. 12 angeführten Stipulation.

b) L. 68. D. V. O. (45, 1.) Paul lib. 2 ad Ed. — si ita stipulatus fuero, pecuniam te mihi crediturum spondes? incerta est stipulatio, quia id venit in stipulationem, quod mea interest.

c) Darauf geht, wenn ich ihn recht verstehe, der Einwand Huschke's Giess. Ztschr. Bd. 20. S. 156 hinaus. Keine Anwendung findet er auf die Verpflichtung einer Person als Bürgen für künftige Schulden; denn der Bürge kann die Contrahirung der Schulden nicht willkürlich verhindern.

Was will Papinian mit dem Satze:

cum ex causa promissionis ad universae quantitatis exsolutionem, qui dotem promisit, compellitur —

sagen? Wenn wir überhaupt einen einheitlichen Gesichtspunkt bei den römischen Juristen voraussetzen dürfen, gewiss nichts Anderes, als was in einem anderen Zusammenhang African vom Miether sagt [d]), dass er sich der Haftung aus dem Vertrag nicht mehr entschlagen könne, dass er bereits gebunden sei. Kann aber nicht auch der Letztere durch Leistung des Interesse sich von der Obligation losmachen? Und ist derjenige nicht gebunden, der wenigstens für das Interesse, d. h. für jeden bemessbaren Vortheil, den die Eingehung des Geschäfts für den andern Contrahenten haben würde, einstehen muss? Das allgemeine Entscheidungsmoment, die Gebundenheit des Gläubigers, hat in L. 1. pr. cit. nur eine individuelle Färbung erhalten. Diese Voraussetzung aber für die Datirung der Priorität nach der Pfandbestellung geht auch aus einer stipulatio de mutuo dando hervor.

Bei dieser Lage der Sache ist für unsere Frage gleichgültig, ob unser heutiges pactum de mutuo dando eine Klage auf Auszahlung des Darlehns [e]), oder nur auf Leistung des Interesse [f]), oder alternativ auf beides [g]) erzeuge. Doch soll für diejenigen, welche an der engern Auslegung der L. 1 pr. cit. festhaltend die blosse Verpflichtung zur Leistung des Interesse für die analoge Anwendung der dort gegebenen Entscheidung als nicht genügend erachten, die Frage untersucht werden, ob nach dieser Ansicht die Priorität des dem künftigen Gläubiger vor der Numeration bestellten Pfandrechts anders bestimmt werden müsse, wenn anstatt des Dotalversprechens die Uebereinkunft über ein zu gebendes Darlehn vorausgeht.

Ich glaube nun, dass unter den oben angeführten Ansichten über die aus diesem Pactum entspringende Klage der mittleren Meinung der

---

d) L. 9 pr. D. qui pot.

e) Wening-Ingenheim, Lehrb. des gem. Civilr. Thl. II. S. 213 ff. Gesterding, Pfandr. S. 48. Vangerow, Pand. §. 372. Anm. 3 a. E. Windscheid, civ. Archiv Bd. 35. S. 76. Note 55. Zweifelhaft ist die Ansicht Glück's, Comm. XII. S. 2.

f) Sintenis Pfandr. S. 359. Anm. 3. Arndts Pand. §. 231. Not c. §. 384. Anm. 5.

g) Valett, Pandectenrecht Thl. II. §. 519. Puchta, Vorl. Bd. 2. S. 69.

Vorzug einzuräumen sei; sie allein hat quellenmässigen Grund [h]), und es ist gewiss richtig, dass der Unterschied zwischen dem heutigen und römischen Recht in Ansehung der Verträge über die Eingehung eines Contrakts nur in dem Wegfall des Erfordernisses der Stipulationsform und, was damit innig zusammenhängt, liege [i]). Man berücksichtige auch nur, zu welchen praktischen Inconvenienzen die entgegengesetzte Ansicht führen kann; es wird möglicher Weise dem Promittenten im Executionswege Hab und Gut verkauft, damit er — Gläubiger werde. Wer daher nicht in der Auffassung der L. 1 pr. cit. mit uns ist, der muss konsequent die Erstreckung der dort gegebenen Entscheidung auf unsere pacta de ineundo contractu verwerfen.

Indess kommt hier noch etwas Anderes in Betracht und damit findet eine oben [k]) noch offen gelassene Frage ihre Beantwortung. Ein pactum de contrahendo verpflichtet nicht nur den zukünftigen Gläubiger, sondern auch den künftigen Schuldner, erzwingbar freilich ebenfalls nur auf das Interesse. Es treffen daher heutzutage für die Frage, ob beim Vorhandensein eines solchen vorgängigen Vertrags der Zeitpunkt der Verpfändung oder des wirklichen Abschlusses des Geschäfts für die Priorität des Pfandrechts massgebend sei, nach der hier vertretenen Ansicht zwei für die erstere Alternative sprechende Gründe zusammen, nämlich dass der Gläubiger und dass der Schuldner bereits gebunden ist. Wenn aber auch ausnahmsweise dem Gläubiger noch ganz freie Hand gelassen und nur der Schuldner verpflichtet wäre, wie diess umgekehrt bei der Eröffnung eines Kredits der Fall ist, müsste gleichwohl dieselbe Entscheidung der aufgeworfenen Frage Platz greifen [l]).

§. 16.
Die bedingte Forderung.

Im Einklang mit den allgemeinen Grundsätzen über die Wirkung der Suspensivbedingungen und über die accessorische Natur des Pfandrechts bestimmen die Quellen, dass das Pfandrecht für eine bedingte Schuld vor

---

h) L. 68. D. V. O. (45, 1) cf. §. 12. Note g.

i) Mühlenbruch, Pandectenlehrb. Thl. II. §. 331. Note 7. Es lässt sich hieher auch anwenden, was Ulpian L. 4. §. 3. D. de re judic. (42, 1) sagt: ratio pecuniae exigendae haec fuit, quod noluerit Praetor obligationes ex obligationibus fieri.

k) Vgl. §. 12. Note g a. E.

l) Derselben Ansicht ist Wächter, Würtemb. Privatr. Bd. 2. S. 705. Note 22 am Ende.

Eintritt der Bedingung nicht existire a), bei Entstehung derselben aber auf den Zeitpunkt der Verpfändung rückbezogen werde b).

Ernstliche Schwierigkeit macht hier nur folgende Stelle:

L. 9. §. 1. D. qui pot. (20, 4) Afric. lib. 8. Quaest. c). — Amplius etiam sub conditione creditorem tuendum putabat adversus eum, cui postea quicquam deberi coeperit: si modo non ea conditio sit, quae invito debitore impleri non possit.

Der Zusammenhang lehrt, dass vom Schutz im Pfandrecht die Rede ist; der erste Theil der Stelle bestätigt also die aufgestellte Regel über die Berechnung der Priorität des für eine bedingte Schuld bestellten Pfandrechts. Von welcher Tragweite ist aber die am Schlusse beigefügte Beschränkung? Spricht sie jeder Bedingung die retrotraktive Kraft ab, de-

---

a) L. 5. pr. D. pign. (20, 1) Marcian. ad form. hyp. — sed et in conditionali obligatione (sc. res) non alias obligantur, nisi conditio extiterit L. 13. §. 5. D. eod. Idem — Si sub conditione debiti nomine obligata sit hypotheca, dicendum est, ante conditionem non recte agi, cum nihil debeatur; sed si sub conditione debiti conditio extiterit, rursus agere poterit. — Die Annahme von Sintenis, Pfandr. S. 55 ff. u. gem. Civilr. I. §. 68. Ziff. 2, dass auch hier sofortiges Pfandrecht existire, dessen gegenwärtige Realisirbarkeit auf den Anspruch geeigneter Sicherheitsmassregeln beschränkt sei und für das der Nichteintritt der Bedingung resolutive Wirkung habe, ist selbst sprachlich schwer zu rechtfertigen; die Worte: non alias res obligantur sollen bedeuten, dass das Pfandrecht zur Zeit nur seiner vollen Wirkung entbehre. L. 13. §. 5 cit. besagt geradezu das Gegentheil und ebenso L. 11. §. 1. D. qui pot. (cf. die folg. Note).

b) L. 11. §. 1. D. qui pot. (20, 4). Gai. ad form. hyp. (Vgl. das Principium oben §. 12). — Videamus an idem dicendum sit, si sub conditione stipulatione facta hypotheca data sit, qua pendente alius credidit pure et accepit eandem hypothecam; tunc deinde prioris stipulationis existat conditio: ut potior sit, qui postea credidisset? Sed vereor, num hic aliud sit dicendum. Cum enim semel conditio extitit, perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine conditione facta esset. Quod et melius est. — Es wird nicht erwartet werden, dass ich mich hier auf eine Begründung des Dogma von der rückwirkenden Kraft der erfüllten Suspensivbedingung einlasse, worüber durch den energischen Angriff von Windscheid im genannten Programm und im civil. Archiv Bd. 35. Nr. 3 der Streit von Neuem entbrannt ist. Meines Erachtens wird es schwerlich gelingen, die bisher herrschende Theorie vollständig aus dem Sattel zu heben; dagegen mag sie im Einzelnen noch manchen begründeten Modificationen unterliegen.

c) Das Principium dieser Stelle ist in §. 9 ausgehoben worden.

ren Erfüllung der Einwirkung desjenigen ausgesetzt ist, welcher dadurch verpflichtet werden soll? Oder beschränkt sich die ausgesprochene Modification nur auf die Bestimmung der Priorität des Pfandrechts? Oder ist der Satz enger zu fassen, als der Wortlaut auf den ersten Anblick zu ergeben scheint?

Um hierüber ins Klare zu kommen, wird nothwendig, auf die Natur des Einflusses, welcher einem eventuell Verpflichteten rücksichtlich der Entstehung der Bedingung zukommen kann, näher einzugehen.

Derselbe lässt sich nämlich auf dreierlei Weise denken:

1) Die Bedingung ist geradezu auf seine Willenserklärung gestellt;

2) sie besteht in einer äussern materiellen, für ihn aber willkürlichen Handlung;

3) ihre Erfüllung ist nicht ausschliesslich Sache seiner freien Thätigkeit, erheischt aber seine Mitwirkung entweder durch positives Thun oder Geschehenlassen [d]).

Lässt sich zeigen, dass die Beifügung einer dieser Bedingungen die Existenz der Obligatio, d. h. jede Gebundenheit der Parteien ausschliesst, so folgt von selbst, dass von der Bestimmung der Priorität des Pfandrechts nach dem Zeitpunkt der Verpfändung nicht die Rede sein kann; es fehlt hiezu die unerlässliche Voraussetzung, die rechtliche Gebundenheit. Daher bedarf vor Allem jener Punkt, über den keineswegs Uebereinstimmung besteht, der Feststellung.

Unvereinbar sind mit dem Begriff der Obligatio, darüber lassen die Quellen keinen Zweifel, die Bedingungen der ersten Kategorie [e]), wobei es gleichgültig bleibt, ob die Bedingung geradezu auf „si volueris“ lautet, oder ob die Willenserklärung an einen andern Act geknüpft wird, der nur die Stelle einer blossen Kundgebung des Willens vertritt, ob ferner die Willkür sich auf den Inhalt des ganzen Geschäfts oder nur auf einen wesentlichen Bestandtheil erstreckt [f]).

---

d) Vgl. Trotsche, Giess. Zeitschr. Bd. 18. S. 104.

e) L. 8. D. O. et A. (44, 7.) Pomp. lib. 16 ad Sabinum. — Sub hac conditione „si volam“ nulla fit obligatio: pro non dicto enim est, quod dare, nisi velis, cogi non possis. L. 46. §. 3. D. V. O. (45, 1.) Paul. lib. 12 ad Sab. — Illam autem stipulationem „si volueris dari“ inutilem esse constat.

f) Eine singuläre Ausnahme bildet die emtio ad gustum L. 34. §. 5 D. de contrah. emt. (18, 1) L. 4 pr. §. 1 D. de peric. (18, 6) §. 4. Inst. de emtione (3, 24).

Manche Juristen behaupten dasselbe für alle oben aufgestellten Arten. Potestativbedingung im eigentlichen Sinn sei allein diejenige Bedingung, welche von der Willkür des bedingt Berechtigten abhängt g).

Andere h) hinwiederum vertheidigen die Existenz einer auf der Willkür des bedingt Verpflichteten stehenden Bedingung. Sie halten die Beifügung einer Bedingung der zweiten und noch mehr der dritten Kategorie für kein Hinderniss der Obligatio.

Jene berufen sich auf eine Anzahl Stellen, in welchen ohne Einschränkung die Verabredung unter einer von dem Willen des eventuell Verpflichteten abhängigen Bedingung für ungültig erklärt werde i); auf den Umstand, dass in den Quellen ausschliesslich conditio potestativa diejenige Bedingung genannt werde, deren Erfüllung in der Macht des Berechtigten steht k); dass sachlich die Bedingungen „si volueris“ und „si Capitolium ascenderis“ einander gleichstünden und in den Quellen gleichgestellt würden l).

---

g) So Gesterding, Pfandr. S. 27 ff. Sintenis, Handb. S. 369 ff. und gem. Civilr. I. §. 20. Anm. 45. Böcking, Pand. (2. Aufl.) §. 111. Note 15. In diesem Umfang wurde der Satz ins französische Recht aufgenommen, Code Nap. Art. 1174: Toute obligation est nulle, lorsqu'elle à été contractée sous une condition potestative de la part de celui, qui s'oblige.

h) Savigny, System Bd. 3. S. 132. Götting, Giess. Zeitschr. N. F. Bd. 1. S. 310. Anm. *. Puchta, Pand. §. 59. Arndts, Pand. §. 67 — er erkennt in Anmerk. 1 die Möglichkeit einer solchen Bedingung an, nur will er dafür nicht die Bezeichnung „Potestativbedingung“ gebraucht wissen. — Wächter, Würtemb. Privatr. Bd. 2. S. 692. Note 11.

i) L. 17. D. V. O. (45, 1.) Ulpian lib. 28 ad Sab. — Stipulatio non valet in rei promittendi arbitrium collata conditione. L. 108. §. 1. D. eod. Javol. lib. 10. Epist. — Nulla promissio potest consistere, quae ex voluntate promittentis statum capit. Dazu L. 13. Cod. de contrah. emt. (4, 38): In vendentis vel ementis voluntatem collata conditione comparandi, quia non adstringit necessitate contrahentes, obligatio nulla est.

k) L. un. §. 7. Cod. de caduc. toll. (6, 51): Sin autem aliquid sub conditione relinquatur vel casuali vel potestativa vel mixta, quarum eventus ex fortuna vel ex honoratae personae voluntate vel ex utroque pendeat vel sub incerto die. — L. 78. §. 1. D. de condit. (35, 1) Papin.

l) L. 1 pr. D. legat. II. (31) Ulp. lib. 9 ad Sab. — In arbitrium alterius conferri legatum veluti conditio potest, quid enim interest „si Titius Capitolium ascenderit“ mihi legetur an „si voluerit?“ —

Diese finden den entscheidenden Beweis für ihre Meinung in der Gültigkeit der zahlreichen Pönalstipulationen, die im Grunde nichts seien, als Verträge unter einer auf die Willkür des Schuldners gestellten Bedingung. Sie halten der Argumentation der Ersteren entgegen, dass bei der eigenthümlichen Beschaffenheit der Quellen allgemeine Sätze, die oft durch die Herausreissung aus dem Zusammenhang einen ganz andern als den vom Juristen beabsichtigten Sinn erhielten, nur mit Vorsicht aufzunehmen und aus den einzelnen Exemplificationen zu erläutern seien. In den Beispielen, welche im corpus juris vorkämen, werde die Ungültigkeit des Geschäfts immer nur an Bedingungen der ersten Art geknüpft; die Worte arbitrium, voluntas seien daher nur in dieser engeren Bedeutung zu nehmen [m]).

Keine dieser Theorien befriedigt vollkommen; es lässt sich nicht verkennen, dass jede etwas Wahres in, aber ebenso gegründete Bedenken gegen sich hat.

Mir will vorkommen, als ob beide Ansichten in einer unrichtigen Grundanschauung über die Natur der conditio wurzelten; ich übergebe folgenden Lösungsversuch der weiteren Prüfung, sollte auch sein Werth nur in der erneuten Anregung dieser wichtigen Frage bestehen.

§. 17.

Durch die ganze römisch-rechtliche Lehre von den Bedingungen zieht sich ein Gesichtspunkt, der erst in neuerer Zeit mehr und mehr zur Anerkennung gebracht zu werden scheint [a]), dass nämlich für die rechtliche Beurtheilung einer Bedingung die Intention des die Bedingung Setzenden die oberste Norm bilde [b]). Legen wir nun diesen subjektiven Masstab

---

m) Man vgl. L. 7 pr. D. contr. emt. (18, 1.) L. 35. §. 1 D. eod. L. 11. §. 7 D. legat. III. (32) u. A.

a) Von einem gleichen Standpunkt hat kürzlich Fitting im civil. Archiv Bd. 39. Nr. 13 eine Revision des Conditionenbegriffs unternommen.

b) L. 19 pr. D. de condit. (35, 1.) Ulp. 9 Disp. — In conditionibus primum locum voluntas defuncti obtinet eaque regit conditiones. L. 101 pr. D. eod. Pap. 8. Resp. — Cum in conditionibus testamentorum voluntatem potius, quam verba considerari oporteat. Dass zunächst nur von Bedingungen bei letztwilligen Rechtsgeschäften die Rede ist, darf nicht an der Gemeingültigkeit irre machen, da die römischen Juristen in dieser konkreten Anwendung fast die ganze Theorie von den Bedingungen entwickeln.

an unsere vorliegende Frage — und dass es die römischen Juristen nicht gethan, dafür liegt kein Grund vor — so gelangen wir zu dem Satz, dass die Beifügung einer Bedingung überall die Existenz eines rechtsgültigen Geschäfts ausschliesst, wo sie in der Absicht geschah, dem Schuldner ganz freie Hand zu wahren, ob er die Verpflichtung übernehmen wolle oder nicht. Gieng die Intention hingegen dahin, dass der Schuldner sich jetzt schon gebunden haben wolle für den Fall, dass er eine gewisse Handlung vornehmen würde, so ist die Verabredung keineswegs null und nichtig, sondern eben nur eine bedingte. Diese Handlung mag immerhin in seinem Belieben stehen, wenn sie nur nicht den ausschliesslichen Zweck hat, seinen Entschluss in Rücksicht auf das abgeschlossene Geschäft kund zu geben. In einem derartigen Fall nimmt die zur Bedingung verstellte Handlung nach der Auffassung des oder der Disponenten in Beziehung auf das davon abhängige Geschäft mehr den Charakter eines objektiven, zufälligen Ereignisses an.

Damit scheint nun Alles auf den unsichern Boden einer Untersuchung über die subjektive Willensmeinung der Contrahenten gestellt zu sein. Indess fehlt es auch hier der Beurtheilung nicht an einer äusseren Handhabe, nur freilich kann sie weder mechanisch gebraucht werden, noch macht sie die Berücksichtigung des subjektiven Moments ganz entbehrlich. Ist nämlich die bedingende Handlung für den Verpflichteten an sich so indifferent, dass er sie — abgesehen von dem bedingten Rechtsgeschäfte — ohne besondere Beschränkung und ohne Hintansetzung anderer Rücksichten vornehmen und unterlassen kann, so wird regelmässig bei dem die Bedingung Setzenden der ernste Wille fehlen, schon jetzt in ein wirkliches Rechtsverhältniss einzutreten. In diesem Sinn fassen die Quellen die stehende Bedingung „si Capitolium ascenderis," und darum stellt sie der Jurist (vgl. §. 16. Note 1) mit der andern „si volueris" auf eine Linie. Wenn hingegen die zur Bedingung verstellte Handlung von der Art ist, dass auf ihre Vornahme oder Unterlassung noch andere Motive bestimmend einwirken, als die Absicht, das bedingte Rechtsgeschäft ins Leben zu rufen, ja wenn diese Intention gegen jene ganz in den Hintergrund tritt, so geht die Willensmeinung des unter dieser Voraussetzung sich Verpflichtenden sicher dahin, das Rechtsgeschäft eingegangen haben zu wollen, wenn er in die Lage kommen sollte, jene bedingende Handlung auszuführen; z. B. „falls ich dem Titius 10 schenke, sollst auch du 10 erhalten [c])", oder

c) Die meisten Beispiele, welche sich in den Quellen finden, lassen sish als Pönalverträge auffassen, so namentlich auch L. 27. §. 1. L. 115. §. 1. D. V. O.

„ich miethe dein Haus, falls ich in die Stadt ziehe“ [d]). Wer möchte mit Sintenis eine solche Verabredung für ganz wirkungslos erklären? Ist nicht der Verpflichtete schon insofern gebunden, als er die ihm aus andern Gründen wünschenswerthe Handlung nicht vornehmen kann, ohne die daran geknüpfte Verpflichtung auf sich zu laden?

Ob nun die bedingende Handlung unter diese oder jene Klasse zu subsumiren ist, bildet eine quaestio facti, wobei die individuellen Umstände viel weniger fehlgreifen lassen werden, als es zunächst den Anschein hat. Regelmässig wird, — und darin zeigt sich, dass die Savigny'sche Meinung im Resultat der Wahrheit näher steht, — wenn die Handlung eine äussere, materielle ist, eine bindende Verabredung beabsichtigt sein.

Mit dieser Unterscheidung wird man einerseits den Aussprüchen der Quellen gerecht, und vermeidet andererseits das praktisch bedenkliche Resultat, jede Uebereinkunft für ungültig zu erklären, deren Wirksamkeit die Parteien an einen vom Schuldner abhängigen Umstand geknüpft haben [e]). Dadurch bekommen auch die Strafstipulationen ihr rechtes Licht; der Zweck, wesswegen die Bedingung beigefügt wird, ist nicht der, dem Schuldner ganz freie Wahl zu lassen, ob er sich verpflichten wolle oder nicht, es soll im Gegentheil die bedingende Handlung oder Unterlassung durch die davon abhängig gemachte Verpflichtung verhütet werden [f]).

(45, 1), welche Wächter a. a. O. anführt. Dagegen gibt L. 3 D. legat. II. (31) einen sprechenden Beleg, denn ein legatum poenae nomine relictum war zu Paulus Zeiten ungültig.

d) Natürlich müssen die übrigen Voraussetzungen zur Gültigkeit des konkreten Rechtsgeschäfts vorhanden sein.

e) Man nehme nur das angeführte Beispiel von der Miethe; es wäre doch eine unerklärliche Laune des römischen Rechts, diesem Vertrag den rechtlichen Charakter abzusprechen. Freilich werden derartige Fälle nicht gerade häufig sein.

f) Vgl. auch Huschke, Giess. Zeitschr. Bd. 20. S. 149. — Noch erübrigt, das Argument aus L. un. §. 7. Cod. de caduc. toll. (cf. §. 17. Note i) zu beseitigen. Dasselbe beruht darauf, dass der Kaiser die Potestativbedingung, welche von dem Verpflichteten abhängt, nicht erwähnt. Allein offenbar ist die Aufzählung dortselbst keine erschöpfende; denn ein Legat kann ja auch von der Willkür eines Dritten — L. 68 D. de hered. inst. (28, 5) L. 1 pr. D. legat. II. (31) L. 52 D. de condit. (35, 1) — oder selbst des Vermächtnissträgers — L. 3 D. legat. II. L. 75 pr. D. legat. I. (30) L. 11. §. 7. D. legat. III. — abhängig gemacht werden. Nur darf nicht die Form „si volue-

Was endlich diejenigen Bedingungen anlangt, deren Eintritt nur theilweise von der Thätigkeit des Verpflichteten abhängt oder von ihm wenigstens vereitelt werden kann, so ist kein Zweifel, dass hier die Parteien regelmässig ein bindendes Uebereinkommen beabsichtigen.

§. 18.

Mit der vorangehenden Untersuchung ist nun die Frage über die Bedeutung der in L. 9. §. 1 cit. ausgesprochenen Modification noch keineswegs gelöst. Innerhalb der Ansicht, dass nicht jede für den Schuldner potestative Bedingung das Geschäft wirkungslos mache, spalten sich wieder die Meinungen; die eine, welche man als die herrschende bezeichnen kann, geht dahin, dass jeder Bedingung der angegebenen Art die rückwirkende Kraft fehle, während Andere [a]) in unserer Stelle den Satz finden, dass nur eine Bedingung, welche die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts ausschliesst, eine Rückziehung des Pfandrechts auf die Zeit der Verabredung nicht zulasse; bei wahren Potestativbedingungen hingegen trete die Rückziehung wie sonst ein.

Spricht die Fassung der Stelle an sich mehr für die erstere Meinung, so sind dagegen die inneren Gründe, welche ihr entgegenstehen, so eindringlicher Natur, dass man der zweiten den Vorzug geben muss.

Es erregt vor Allem Bedenken, dass ein Rechtssatz von solcher Tragweite nur in dieser einen Stelle und auch hier nur in beiläufiger Weise ausgesprochen sein soll, während zu seiner Erwähnung in manchem andern Zusammenhang dringende Veranlassung war. Man hat zwar eine Bestätigung in Stellen finden wollen, welche von der Verpfändung für noch ganz ungewisse Forderungen handeln, wie L. 4 D. quae res pign. L. 11 pr. D. qui pot. (vgl. §. 14). Allein mit Unrecht; denn in diesen Stellen handelt es sich gar nicht um eine wirkliche Potestativbedin-

---

ris" gebraucht werden, obwohl auch sie bei der fideicommissa libertas keinen Anstoss erregte. Ulpian scheint überhaupt einer minder strengen Ansicht für den Fall gehuldigt zu haben, da die Bedingung auf den Willen eines Dritten gestellt war. L.1 pr. D. legat. II. L. 43. §. 2. D. legat. I.

a) Trotsche a. a. O. S. 103 ff. Wächter, Würt. Privatr. Bd. 2. S. 702. Note 19. S. 717. Note 14. Schmidt, Giess. Zeitschr. N. F. Bd. 8. S. 183 ff. Vom principiellen Standpunkt hat sich dafür erklärt: Windscheid im civ. Arch. Bd. 35. Nr. 3, während er in den Quellen das Gegentheil adoptirt findet.

gung, die mit dem Dasein eines Rechtsverhältnisses verträglich wäre, sondern um eine Bedingung, deren Existenz ganz in die Willkür des Verpflichteten gestellt ist. Zwar wenn wir blos das Pfandgeschäft ins Auge fassen, scheint diess unrichtig; denn der Pfandbesteller ist durch die Verabredung insofern gebunden, als durch die Abschliessung des Darlehncontrakts das Pfandrecht von selbst zur Entstehung kommt. Aber die Entstehung der Hauptobligation ist für ihn eine ganz und gar willkürliche Sache, und bei dem innigen Zusammenhang, in welchem das Pfandrecht mit der principalen Obligatio steht, wirkt deren Zustand auf das letztere zurück. Dieser Einfluss zeigt sich darin, dass, so lange der Schuldner in Beziehung auf den Hauptanspruch noch gar nicht gebunden, so lange zu seiner obligatorischen Verpflichtung noch nicht einmal der Grund gelegt ist, die Verpfändung ohne alle objektive Wirkung bleibt. Diese Voraussetzung fehlt, wo ein Pfand für einen künftig abzuschliessenden Darlehncontrakt bestellt wird, wie er in den angeführten Fragmenten angenommen ist; darum heisst es: pignoris obligatio eo tempore contracta videtur, quo pecunia numerata est. Aus derselben Erwägung wird beim Vorhandensein der entgegengesetzten Voraussetzung in L. 9 pr. qui pot. und den ähnlichen Fällen dem Pfandgeschäfte eine Einwirkung auf die rechtliche Lage der Sache eingeräumt.

Der Ausschluss der Retrotraction bei den Potestativbedingungen entbehrt aber auch der rationellen Grundlage, und umgekehrt ist das Gegentheil principiell geboten.

Es hat schon Trotsche bemerkt, dass der Satz, Niemand dürfe seine eigenen Verfügungen entkräften, gerade für die hier vertheidigte Meinung spricht. Denn wer in ein bindendes Rechtsverhältniss getreten ist, — und das ist nach der früheren Erörterung bei allen wirklichen Potestativbedingungen der Fall — der kann nicht mehr durch spätere Dispositionen Rechte schaffen, welche eine freie Verfügungsfähigkeit voraussetzen. Es gilt hier der Satz: nemo plus juris etc. in vollem Masse, so dass die Beschränkung des späteren Erwerbers durch die Erfüllung der Potestativbedingung sich durchaus nicht als ungerechtfertigte Beeinträchtigung darstellt [b]). Auch alle übrige Argumentation ruht auf der irrigen

b) Man hat sich zur Stütze des angefochtenen Satzes auf den Schluss der L. 3 D. quib. mod. pign. (20, 6) berufen: quamquam ubi sic res distracta est „nisi emtori displicuisset" pignus finiri non putet (sc. si conditio existat, postquam emtor hanc rem pignori dedisset). Dagegen ist zu erinnern, dass der Käufer seine ihm durch die Bedingung eingeräumte absolute Willkür

Annahme, dass der Verpflichtete noch ganz freie Hand habe, während er doch, um sich der Verbindlichkeit zu entziehen, nur Einen Ausweg hat, nämlich: die Bedingung nicht zu erfüllen. Auf eine andere Weise kann er das bedingte Recht nicht mehr verkümmern. Im Wesen der Rückziehung endlich liegt nichts, was jenen allgemeinen Ausschluss rechtfertigte. Allerdings können die Parteien beabsichtigen, dass die Wirksamkeit des Geschäfts erst mit dem Eintritt der Bedingung anhebe und nicht auf den Abschluss zurückbezogen werde. Allein dieser Sinn ist weder bei allen Potestativbedingungen nothwendig, noch ihnen allein eigen [c]). Stützt man sich daher auf diese Grundlage, so muss dem Satz eine ganz andere Fassung gegeben werden. Dabei ist immer noch ein grosser Unterschied, ob die Wirkung eines Rechtsgeschäfts erst von einem gewissen Moment an beginnen, oder ob ein Rechtsgeschäft so beurtheilt werden soll, als sei es erst in diesem späteren Moment entstanden, so dass alle in Mitte fallenden Dispositionen vorgehen. Wir haben es im ersten Fall nur mit einer in die Bedingung verwebten Zeitbestimmung zu thun, die bekanntlich nicht die Existenz des Verhältnisses berührt.

Dieser letztere Grund hat ein ganz besonderes Gewicht für unsere Frage über die Priorität; denn wenn auch der Pfandbestellung eine Zeitbestimmung oder eine ihr gleichstehende Bedingung beigefügt ist, so wird das Pfandrecht selbst und wenigstens pignoris obligatio hiedurch nicht hinausgeschoben. Erwägt man noch, dass gerade im Gebiete des Pfandrechts die Tendenz zu Tage tritt, überall, wo nur ein wirkliches Bedürfniss vorhanden ist, die Priorität nach dem Akt der Bestellung zu bemessen, so überzeugt man sich vollkommen, dass auch die Beschränkung der behaupteten Ausnahme auf das Pfandrecht unhaltbar ist [d]).

---

durch die Bestellung des Pfandrechts, welches das erworbene Recht zur Basis hat, beschränkte; und es leidet dieser Fall mit den im Text betrachteten um so weniger eine Zusammenstellung, als in L. 3 cit. sich nur der Autor und ein Erwerber gegenüberstehen, wobei natürlich jener weichen muss, während dort die Rechte zweier Erwerber mit einander in Collision kommen. Auch durch die Regel, dass Niemand mehr Recht auf einen Andern übertragen kann, ist die verschiedenartige Entscheidung gerechtfertigt.

c) Mindestens muss man dasselbe für diejenigen Bedingungen gelten lassen, deren Erfüllung in der Macht des bedingt Berechtigten steht.

d) Bei zweiseitigen Obligationen müsste jedenfalls wieder die Regel Platz greifen, da der Gläubiger bereits gebunden ist. L. 1 pr. D. qui pot. Vgl. oben §§. 15 ff.

So bleibt für die umfänglichere Auslegung der L. 9. §. 1 cit. kaum irgend welche Zuflucht, gegen die engere kein anderes Bedenken, als die Ausdrucksweise, deren sich der Jurist bedient. Aber auch sie verliert das Auffallende, wenn man die Stelle in ihrem Zusammenhang auffasst.

Im Eingang sowohl, als im §. 2 liegt der Grund, auf den der Jurist den Vorzug des Pfandrechts baut, in der Gebundenheit des Schuldners. Nichtgebunden ist aber, wie gezeigt worden, der Schuldner bei bedingten Rechtsgeschäften nur dann, wenn er vollkommne Willkür hat, ob er die Verpflichtung eingehen wolle oder nicht, also bei einer conditio „si volueris" oder was ihr nach der Absicht der Parteien gleichsteht. Folglich wollen die Worte „quae invito debitore impleri non possit" nichts weiter sagen, als: die Zeit der Verpfändung bestimmt den Vorzug des Pfandrechts dann nicht, wenn der dadurch zu sichernde Anspruch von einer Bedingung abhängig ist, welche die Existenz eines bindenden Rechtsverhältnisses ausschliesst. In allen andern Fällen aber, namentlich aber bei den Pfandbestellungen für Strafverträge regelt sich die Priorität nach dem Pfandvertrag.

§. 19.

Wenn der Satz richtig ist, dass die Priorität des Pfandrechts durch die Verpfändungszeit dann bestimmt werde, wenn die Entstehung des Hauptanspruchs der reinen Willkür des künftig Verpflichteten entrückt ist, so kann keinem Zweifel unterliegen, dass das für ein bedingtes Vermächtniss eingeräumte Pfandrecht den Vorzug vor allen später bestellten geniesst. In der That entscheidet so African[a]) und liefert damit eine weitere Bestätigung des von uns aufgestellten Grundsatzes. Schwierigkeit hat diese Stelle bisher nur darum gemacht, weil man von der irrigen Annahme ausgieng, dass nur dasjenige Pfandrecht einem andern vorgezogen werden dürfe, dessen vollkommene Existenz in einer frühern Zeit begonnen hat. Hiedurch kam man in die missliche Lage, entweder entgegen den unzweideutigsten Quellenzeugnissen eine Rückziehung der Bedingung bei Vermächtnissen annehmen, oder ein Pfandrecht ohne Hauptanspruch sta-

---

a) L. 9. §. 2. D. qui pot. (20, 4.): Sed et si heres ob ea legata, quae sub conditione data erant, de pignore rei suae convenisset, et postea eadem ipsa pignora ob pecuniam creditam pignori dedit, ac post conditio legatorum extitit, hic quoque tuendum eum, cui prius pignus datum esset, existimavit.

tuiren zu müssen [b]). Für die Priorität des Pfandrechts macht es demnach keinen Unterschied, ob das Legat ein bedingtes oder unbedingtes ist; hier wie dort ist die verpfändete Sache in ea causa, ut invito legatario jus pignoris solvi non possit. Diess gilt in gleicher Weise für die gesetzliche Hypothek, welche Justinian allen Vermächtnissnehmern an den ererbten Gütern des Beschwerten verliehen hat [c]). Dass aber dieses stillschweigende Pfandrecht erst mit dem Erbschaftsantritt seinen Anfang nimmt, vorausgesetzt, dass der dies legati cedens schon eingetreten ist, kann hier nur angedeutet werden. Die nähere Begründung kann jedoch erst im IV. Abschnitt folgen.

§. 20.

Die betagte Forderung.

Wenn man den Begriff der obligatio in diem auf den ihm gewöhnlich beigelegten Umfang eingrenzt, wovon abzugehn kein hinreichender Grund vorliegt [a]), so schliesst er nur diejenigen Forderungen in sich, welche entweder schon existiren, aber erst mit Eintritt eines gewissen Moments zu erfüllen sind, oder sich in bestimmten Terminen aus einem bestehenden obligatorischen Verhältnisse mit Sicherheit entwickeln. Für den erstern Fall mögen die auf einem dies stehenden Darlehensschulden, für den zweiten die Zinse einer auf eine bestimmte Reihe von Jahren abgeschlossenen Miethe ein Beispiel sein. Bei beiden Arten aber richtet sich der Vorzug des dafür eingeräumten Pfandrechts nach der Bestellung. Bezüglich der letztern Kategorie ist der Beweis an einem frühern Ort (§. 9) geführt worden; für die erstere leidet es um so weniger einen Zweifel, als mit der Verpfändung sofort das Pfandrecht entsteht; denn die Hauptschuld ist bereits existent, wenn auch ihre Geltendmachung noch verschoben ist [b]). Nur ist es unrichtig, wenn einige Juristen diess damit zu

---

b) Hierüber wurde schon oben §. 7 gehandelt.

c) L. 3. Cod. comm. de legat. et fideic. (6, 43.).

a) Vgl. hiezu oben §. 11.

b) Gaj. IV. 131. L. 46. pr. D. V. O. (45, 1.): Centesimis Calendis dari utiliter stipulamur, quia praesens obligatio est, in diem autem dilata solutio. §. 2. Inst. V. O. (3, 16.): In diem (sc. fit obligatio), cum adjecto die, quo pecunia solvatur, stipulatio fit . . . . id autem quod in diem stipulamur, statim quidem debetur, sed peti prius, quam dies venerit, non potest.

motiviren suchen, dass die betagte Forderung vor Eintritt des Termins einer obligatio naturalis gleichstehe [c]). Was beide mit einander gemein haben, beschränkt sich auf den Ausschluss der condictio indebiti [d]). Das ältere römische Prozessrecht dagegen zeigt recht deutlich, dass ein wesentlicher Unterschied zwischen ihnen besteht; die Anstellung der Klage aus einer betagten Forderung führte nämlich eine Consumtion des eingeklagten Rechts herbei; also muss doch eine Klage vorhanden sein, was bei der naturalis obligatio natürlich nie der Fall ist. Auch heute besteht noch der praktische Unterschied, dass eine in diem obligatio vor Eintritt des dies zur Compensation nicht benützt werden kann [e]).

§. 21.

Pfandrechte für andere Ansprüche.

Eine Pfandsicherheit kann nicht blos für Geldforderungen gewährt werden, sondern auch für Obligationen von jedem anderen Inhalt [a]), nicht blos für solche, die auf Leistung eines bestimmten Vermögens-Gegenstands gehen, sondern auch für diejenigen, deren Objekt in der Verpflichtung zu einem gewissen Thun oder Unterlassen besteht. Eine Verwirklichung dieser Obligationen durch das Pfandrecht ist immer nur nach der Seite ihres Geldwerths möglich, obwohl schon in der blossen Belastung der Sache wegen der in ihr liegenden Verkaufsbefugniss ein Antrieb zur Lösung jener Verbindlichkeiten liegt. Das Pfandrecht ist also genau betrachtet unmittelbar nicht zur Sicherheit des Obligationsverhältnisses, sondern des daraus entspringenden Debitum gegeben, und gelangt erst mit diesem zu wirklichem Dasein. Nichtsdestoweniger bestimmt sich die Priorität nach der Pfandverabredung, weil schon in diesem Zeitpunkt der Schuldner gebunden, mithin auch pignoris obligatio vorhanden ist [b]).

---

c) Sintenis Pfandr. S. 53 ff. Sell bedingte Traditionen S. 113. Not. 2.

d) L. 10. 17. D. de cond. indeb. (12, 6.)

e) L. 6. 7. pr. D. compens. (16, 2.) Im Allg. vgl. Huschke Giess. Ztschr. Bd. 20. S. 161 ff. Götting, Ebendaselbst N. F. Bd. 1. S. 255. Not. **.

a) L. 5 pr. D. pig. (20, 1) — pro quacunque obligatione — L. 13. §. 2. D. eod. — si . . corpus is debuerit.

b) Darum scheint mir der Fall in Seuffert's Archiv für oberstrichterl. Entsch. Bd. 10. Nr. 140 vom OAG. zu Kiel zwar richtig entschieden, aber falsch begründet zu sein. Nicht der Verbindlichkeit, das Gut E. nicht über die Summe

Aber das Pfandrecht scheint nicht einmal auf das Gebiet der privatrechtlichen Verbindlichkeiten sich zu beschränken; es begegnet uns im täglichen Verkehr eine Anwendung desselben auf mannigfache Verpflichtungen, welche ausserhalb des Privatrechts liegen; schon oben (§. 10) wurde auf die Dienstcautionen der Beamten hingewiesen; ausserdem aber braucht man sich nur an die im Strafrecht, Strafprozess und Civilprozess vorkommenden Cautionen zu erinnern. Indess ist diese Ausdehnung nur scheinbar; denn auch hier bildet überall der aus der Nichterfüllung jener Obliegenheiten erwachsende vermögensrechtliche Anspruch gegen den Verpflichteten die eigentliche Unterlage des Pfandrechts.

Eine nähere Betrachtung der sog. cautiones necessariae wird diess veranschaulichen.

Es gibt nämlich in allen Rechtsgebieten Verhältnisse, in welchen eine Rechtsvorschrift zur Verhütung einer Rechtsverletzung oder zur wirklichen Erfüllung eines künftig vielleicht entstehenden Anspruchs dem Verpflichteten die Leistung von Sicherheit gebietet, die entweder durch das persönliche — einfache oder eidliche — Versprechen des Verpflichteten oder durch die Gewährung eines Anspruchs gegen eine andere Person (Bürgschaft) oder gegen ein Vermögensobjekt (Pfandrecht), welcher zu der Haftung des Verpflichteten hinzutritt, vermittelt wird. Insofern nun diese Cautionen nur die Verwirklichung einer vermögensrechtlichen Verbindlichkeit bezwecken, haben sie wenig Eigenthümliches, so die Caution wegen Kostenersatzes oder wegen Erfüllung des Urtheils im Civilprozess, die verschiedenartigen Cautionen wegen Herausgabe eines Vermögensobjekts oder wegen Ersatzes eines eintretenden Schadens im Civilrecht, die Dienstcautionen der Beamten im Staatsrecht. Sie sind von den übrigen Sicherungsmassregeln, welche durch Privatübereinkommen geschaffen werden, nur durch den Verpflichtungsgrund, nicht durch ihre sonstige rechtliche Gestalt verschieden. Ausgezeichnet sind dagegen diejenigen Cautionen, welche der Verletzung eines rechtlichen Gebots vorbeugen sollen, bei dem entweder der vermögensrechtliche Gesichtspunkt ganz fehlt oder doch sehr in den Hintergrund tritt. Das sprechendste Beispiel geben die Cautionen, welche im Strafrecht [c]) und im Strafprozess [d]) vorkommen; aber auch im Staats-

---

von 5000 Rthlr. hinaus mit Schulden zu belasten, galt das Pfandrecht, sondern dem aus der Verletzung dieser Verbindlichkeit entspringenden Schadensanspruch.

c) Z. B. Peinl. G. O. Art. 176. 195.

d) Vgl. das Strafgesetzbuch für das Königr. Bayern Thl. II. Art. 116. 134—140.

rechte fehlen sie nicht z. B. die Cautionen der Herausgeber politischer Blätter oder die Cautionen wegen des politischen Verhaltens eines Ausländers, und ebensowenig im Civilprozess; man denke an die cautio judicio sisti, de lite prosequenda, pro reconventione. Die Cautionen dieser zweiten Art nun sind im Grunde Conventionalstrafen, indem sich der Verpflichtete für den Fall der Nichtbefolgung der ihm gemachten Auflage einem bestimmten Vermögensnachtheil unterwirft. Regelmässig fordert das Gesetz die stärkere Garantie durch Realcaution; im römischen Recht bildete die Bürgschaftsleistung (satisdatio) die Regel, obwohl die Caution durch Pfänder nicht unbekannt war [e]); nach neueren Rechten sind beide neben einander rechtlich zulässig, die letzte in der Anwendung sogar überwiegend [f]).

Mag in diesen Fällen die Caution auf eine bestimmte Summe gestellt sein oder nicht, immer ist es die privatrechtliche Obligatio auf Schadenersatz oder Vermögensstrafe, an welche sich Bürgschaft und Pfandrecht anlehnen. Diese Obligatio existirt zur Zeit noch nicht, sondern ist entweder eine künftig mögliche — im Sinn von §. 12 g) — oder eine bedingte, bedingt nämlich durch die Nichterfüllung der rechtlichen Auflage. Geht man nun von der Anschauung derer aus, welche den Vorzug des Pfandrechts nur nach der vollkommenen Existenz desselben beurtheilen und die Rückziehung der Bedingung überall ausschliessen, wo ihre Erfüllung dem Einfluss des bedingt Verpflichteten blosgestellt ist, so kann man folgerecht das als Sicherheit bestellte Pfandrecht nicht nach der Bestellungszeit, sondern erst von der Entstehung der Obligatio datiren, so dass

---

Die Haftung der Caution für den Ersatzanspruch des Beschädigten und des Staats wegen der Prozesskosten ist hiebei nur sekundärer Zweck.

e) L. 59. §. 6. D. mand. (17, 1.) L. 4. §. 8. D. de fideicomm. libert. (40, 5.) L. 1. §. 9. D. de collat. (37, 6.) Bei prozessualischen Cautionen, überhaupt bei den praetoriae stipulationes, war die Pfandbestellung im Allgemeinen nicht zulässig: L. 7. D. de stipul. praet. (46, 5) vgl. jedoch Nov. 123. cap. 21. §. 2.

f) Bayer. Strafgesetzbuch Thl. II. Art. 137. Nach d. Preuss. Landrecht Thl. I. Tit. 14. §. 198 — vgl. jedoch hiezu §§. 186 sqq. Tit. 20. §§. 3 und 4 — und d. österreich. bürgerl. Gesetzbuch §. 1373 erfreut sich die Sicherheitsleistung durch Pfänder sogar einer gesetzlichen Begünstigung. — Nach heutigem Gerichtsgebrauch wird durchgängig neben der Sicherheit durch Bürgen auch hypothekarische zugelassen. Vgl. Schlayer in Giess. Ztschr. N. F. Bd. 9. S. 210 ff. 225. Bayer, Vorträge über den ordentl. Civilprozess. (8. Aufl.) S. 111. Sintenis, Pfandr. S. 35. Not. 2.

g) Z. B. die cautio pro expensis.

alle Pfandrechte vorgehen, welche nach dem erstern Zeitpunkt bis zum Eintritt des letzteren begründet wurden. Nun hat man freilich das Gegentheil behauptet, allein mehr in Anerkennung des dringenden praktischen Bedürfnisses, als weil man sich des massgebenden positiv rechtlichen Grunds bewusst war. Dieser Grund ist aber kein anderer, als dass der Pflichtige schon im Augenblick der Verpfändung gebunden, dass die Entstehung der Obligatio seiner unbeschränkten Willkür entrückt ist.

Dritter Abschnitt.

Vom Gegenstand.

§. 22.

Einleitung.

Seitdem zur Constituirung des Pfandrechts das blosse Uebereinkommen zureichend war, stund nichts im Weg, die Pfandverabredung auf künftige Sachen zu erstrecken, und zwar künftige in dem doppelten Sinn

1) des physischen oder juristischen Nichtexistirens, künftig entstehende Sachen,

2) der Nichtzugehörigkeit zum Vermögen des Verpfänders, künftig zu erwerbende Sachen.

Ad 1) Zu den physisch noch nicht existirenden Sachen gehören die Erzeugnisse, namentlich die Früchte, die sich noch nicht in rerum natura befinden, erst entstehn; zu den juristisch nicht existirenden gehören die Erzeugnisse, die natürlich schon entstanden, aber mit der erzeugenden Sache noch in wesentlicher Verbindung sind, als res im rechtlichen Sinn noch nicht bestehn. Den Erzeugnissen einer Sache (der natürlichen Erzeugung) reihen sich die Erzeugnisse aus einer Sache die sog. specificirten Sachen an (die künstliche Erzeugung).

Natürliche und juristische Nichtexistenz stehn sich in der rechtlichen Beurtheilung gleich [a]). Damit jedoch aus der Verpfändung von res futurae

---

a) Sintenis, Handb. d. Phandr. S. 116 ff. 399 f. 463 Anm. 1 u. gem. Civilr. §. 15, macht einen m. E. in den Quellen nicht begründeten Unterschied zwischen Früchten, welche schon im Werden begriffen sind, und solchen, zu

in diesem engern Sinn überhaupt ein Pfandrecht entspringe, ist die Entstehung derselben allein nicht genügend, sondern der Pfandbesteller muss schon zur Zeit der Verpfändung ein Recht haben, nach welchem die Erzeugnisse bei ihrer Entstehung in sein Vermögen kommen. Als ein solches Recht erwähnen die Quellen Eigenthum und Ususfructus [b]), gewiss aber nur a potiori; beim Emphyteuta trifft diese Voraussetzung nicht minder zu, ja selbst für eine blos persönliche Berechtigung gibt die Pacht uns ein Beispiel [c]). Diese Hoffnung auf Erwerb muss sich auch entweder bei ihm selbst oder seinem Erben verwirklichen [d]).

Die Verpfändung noch nicht existirender künstlicher Erzeugnisse nach dem Inhalt der einzigen Stelle, welche von einer derartigen Pfandbestellung handelt [e]), auf den Fall zu beschränken, da zugleich der Stoff verpfändet wird, ist kein Grund vorhanden. Sollen aber die angegebenen Grundsätze über die natürlichen Erzeugnisse auf die selbstständige Verpfändung künstlicher Erzeugnisse in analoge Anwendung kommen, so ist erforderlich, dass bei Abschluss des Vertrags der Pfandbesteller Eigenthümer des Stoffs war und mit der Specification Eigenthümer der neugeschaffenen Sache wurde. Würde ein künstliches Erzeugniss von Jemand verpfändet werden, dem der Stoff nicht eigen ist, so wäre diese Verpfändung zwar nicht ungültig; aber

---

deren Entstehung erst noch der Keim gelegt werden muss, und rechnet nur die ersteren zu den künftigen Sachen der im Text aufgestellten ersten Kategorie oder den „rebus futuris, quae nondum sunt, futurae tamen sunt, —" die letzteren aber zu den „rebus futuris, quas quis habiturus est —". Damit kommt man aber einerseits zu bedenklichen Unterschieden z. B. zwischen Früchten von Getreide- und Wiesfeldern, und zu praktischen Schwierigkeiten, namentlich in Ansehung derjenigen Früchte, welche zu ihrer Entstehung nicht eine regelmässig wiederkehrende menschliche Thätigkeit erheischen. — Im Allgemeinen vgl. Scheurl, Beiträge zur Bearbeitung des röm. Rechts, Bd. I, S. 280 ff.

b) L. 15 pr. D. pign. (20, 1.) L. 11 §. 3 D. qui pot. (20, 4.)

c) Vgl. Huschke, Giess. Ztschr. Bd. 20. S. 261, der mit Recht hinweist, dass hierauf die gesetzliche Hypothek des Verpächters fusst.

d) L. 29 §. 1 D. pign. (20, 1). Huschke a. a. O. S. 267 ff. lässt diess nur von eigentlichen Früchten gelten; bei andern Accessionen z. B. dem partus ancillae hält er auf Grund von L. 18 §. 2 D. pign. act. (13, 7.) L. 1 pr. D. de interd. Salv. (43, 33) den Zeitpunkt der Conception für entscheidend. Die entgegengesetzte Ansicht dürfte den Vorzug verdienen. Vergl. Vangerow, P. §. 370. I.

e) L. 18 §. 3 D. pign. act. (13, 7.)

sie könnte nur aus dem Gesichtspunkt der Pfandbestellung an einer fremden, künftig zu erwerbenden Sache beurtheilt werden [f]).

Die Erweiterungen einer Sache, welche einen integrirenden Bestandtheil derselben bilden, kommen hier nicht in Betracht; denn an ihnen findet ein gesondertes Pfandrecht nicht Statt.

Ad 2) Eine Verpfändung fremder Sachen wirkt ohne die ausdrückliche [g]) stillschweigende [h]) oder fingirte [i]) Einwilligung des Eigenthümers niemals sofortiges Pfandrecht [k]); aber auch durch den nachträglichen Erwerb der Sache von Seite des Verpfänders entsteht ein gültiges Pfandrecht nur unter einer der folgenden Voraussetzungen:

a) wenn der Pfandgläubiger nicht wusste, dass die Sache einem Andern gehörte [l]),

b) wenn der Pfandübereinkunft die Bedingung des künftigen Erwerbs (si res debitoris facta fuerit) beigefügt war [m]),

c) wenn der Pfandschuldner zur Zeit der Begründung eine persönliche Klage auf Uebertragung der Sache hatte, res debita [n]),

d) wenn die Sache unter ein verpfändetes Collectivum fällt, vorausgesetzt jedoch, dass dies entweder eine eigentliche universitas rerum ist,

---

f) Vgl. Huschke, a. a. O. S. 261.

g) L. 26 pr. D. de pign. act. (13, 7.) L. 16 §. 1 D. pign. (20, 1.) L. 23 D. probat. (22, 3.)

h) L. 26 §. 1 D. pign. (20, 1.) L. 5 §. 2 D. in quib. caus. (20, 2.)

i) L. 2 Cod. si alien. res pign. (8, 16).

k) L. 2 D. pign. act. (13, 7.) L. 3 §. 2 D. qui pot. (20, 4.) L. 23 D. prob. L. 6 Cod. si alien. res (8, 16.) L. 3 §. 2 Cod. commun. de legat. (6, 43) — quia satis absurdum est et irrationabile, rem quam in suis bonis pure non possidet, eam ad alios posse transferre vel hypothecae pignorisve nomine obligare.

l) L. 1 pr. D. pign. (20, 1.) Papinian. lib. 11. Resp. — Conventio generalis in pignore dando bonorum vel postea quaesitorum recepta est: in speciem autem alienae rei collata conventione, si non fuit ei, qui pignus dabat, debita, postea debitori dominio quaesito, difficilius creditori, qui non ignoravit alienum, utilis actio datur, sed facilior erit possidenti retentio. Mit der Beschränkung von L. 1 pr. cit. sind die allgemeiner lautenden L. 41 D. pign. act. (13, 7.) L. 5 Cod. si aliena res (8, 16) — ut facile utilis actio . . . detur — L. 56 D. ad SC. Trebell. (36, 1) aufzufassen. Vgl. Windscheid Giess. Ztschr. N. F. Bd. 3. S. 437.

m) L. 16 §. 7 D. pign. (20, 1.) L. 7 §. 1 D. qui pot. (20, 4.)

n) L. 1 pr. D. pign. cit. (Not. l.) L. 3 §. 1 D. qui pot. (20, 4.)

oder dass der Pfandnexus auf die künftig zu erwerbenden Stücke erstreckt wurde [o]). Bei Verpfändung des ganzen Vermögens soll nach Justinian diese Ausdehnung stillschweigend verstanden werden [p]).

Ob auch in Folge der Beerbung des Verpfänders durch den Eigenthümer die Verpfändung convalescire, wird in verschiedener Weise beantwortet; es stehn sich in dieser Frage zwei Stellen des römischen Rechts unvereint, und wie es scheint, unvereinbar entgegen; auch die Juristen haben sich bisher nicht vereinigen können, welcher Entscheidung der Vorzug zu geben sei [q]). Nach der ganzen Entwicklung dieser Lehre und nach Analogie der gesetzlichen Bestimmungen über den Fall der totalen Veräusserung einer Sache durch den Nichteigenthümer und der Beerbung desselben von Seite des Eigenthümers ist für das heutige Recht die diese Frage bejahende Entscheidung Modestin's als massgebend zu erachten; nur scheint mir auch hier — weniger nach dem Wortlaut des Gesetzes, als aus innern Gründen — die Modification beigefügt werden müssen, dass eine der unter a—c aufgeführten Voraussetzungen zutrifft [r]). Bei gene-

---

o) L. 1 pr. cit. L. 7 §. 1. L. 21 pr. D. qui pot. (20, 4.) L. 28 D. jur. fisci (49, 14).

p) L. 9 Cod. quae res pign. (8, 17.)

q) Die beiden Gesetzstellen sind L. 41 D. pign. act. (13, 7) Paulus und L. 22 D. pign. (20, 1) Modestinus. Vgl. die Literaturnachweise über diese Controverse bei Vangerow P. S. 372 Anm. 2 d. Neuerdings haben sich für die im Text adoptirte Ansicht erklärt: Arndts, P. §. 371. Anm. 1 b. und Brinz, P. S. 301. — Auch die Praxis hat sich von jeher in Deutschland dafür entschieden. Vgl. Stryk, usus modern. Pand. Lib. XX. Tit. III. §. 4. Kreittmayr, Anmerkungen zum bayerischen Landr. Thl. II. cap. VI. §. 8. Nr. 2.

r) Man könnte glauben, dass mit dieser Modifikation sich die gewünschte Vereinigung von L. 41 und L. 22 cit. gewinnen lasse. Paulus wolle nämlich nicht überhaupt dem Gläubiger die utilis pigneraticia actio absprechen für den Fall, dass der Verpfänder vom Eigenthümer der Sache beerbt worden sei; er behaupte nur, dass diess für sich allein nicht hinreiche; es müsse noch überdiess dem Verpfänder ein mendacium zur Last fallen, welches sowohl ihm, als seinem Erben das Recht benehme, sich der Klage des Gläubigers zu widersetzen. Dieses mendacium bestehe aber darin, dass der Pfandbesteller vorgespiegelt, die Sache gehöre ihm, oder dass er wenigstens das fremde Eigenthum verschwiegen habe. — So sucht schon D. Gothofredus in not. ad d. L. 41 D. pign. act. den Widerspruch zu beseitigen unter dem Beifall von Stryk a. a. O. Aber dieser Sinn lässt sich aus der Paulinischen Stelle, ohne den Worten Gewalt anzuthun, nicht herauslesen. Wollte Paulus für

rellen Verpfändungen schliesst sich der Kreis der Pfandobjecte mit dem Tod des Pfandbestellers, denn es ist alle meine Habe, all mein Vieh verpfändet. Hievon gilt eine Ausnahme für universitates rerum nach der Natur des Gegenstands, obwohl gerade hiefür in den Quellen das Gegentheil ausgesprochen zu sein scheint [s]).

Von der mehrfachen Verpfändung anderer Gegenstände gelten in Ansehung der Priorität dieselben Grundsätze, welche im Folgenden zunächst für die Verpfändung von Sachen vorgetragen werden sollen.

§. 22.

Ansichten der Schriftsteller über die Priorität bei Verpfändung von künftigen Sachen.

Die Frage, ob die vor dem Eigenthumserwerb bestellten und durch denselben convalescirenden Pfandrechte unter sich als gleichzeitige concurriren oder nach der Zeit der Bestellung sich ordnen, ist, soweit die Mittheilungen reichen, von der Praxis immer gleichförmig im Sinn der zweiten Alternative entschieden worden [a]), während die Doctrin von der Glossatoren-

---

beide Fälle, den im Anfang angeführten: si is, qui rem alienam pignori dedit, dominus ejus rei esse coepit, und den andern; si ego Titio, qui rem meam obligaverat sine mea voluntate, heres extitero, dasselbe statuiren, so durfte er nicht ohne Beschränkung sagen: non est idem dicendum ... pignoris persecutio concedenda non est creditori; endlich geht es doch nicht an, in dem Satze: si convenisset etc. den Erblasser, in dem Hauptsatz: improbe resistit, den Erben als Subject zu denken. Eine Andeutung der im Text gemachten Modifikation findet sich bei Trotsche, Giessn. Ztschr. Bd. 18, S. 94, indem er dem Gläubiger, welcher wusste, dass die Sache dem Verpfänder nicht gehörte, gegenüber dem Eigenthümer, welcher diesen beerbt hat, nur ein Retentionsrecht zugesteht.

s) L. 34 pr. D. pign. (20, 1.) Die Beschränkung des Pfandnexus auf die beim Tod des Schuldners vorhandenen Waaren ist m. E. nur eine Folge des zufälligen Umstandes, dass der Pfandgläubiger unmittelbar nach dem Tode des Erblassers sein Recht geltend machte. — Huschke, Giessn. Ztschr. Bd. 20. S. 199 ff. sucht diess daraus zu erklären, dass das Waarenlager keine universitas rerum im strengen Sinne des Worts bilde.

a) Die Consilia und Decisiones der Gebrüder Beckmann enthalten in P. I. D. 41 unter N. 5 der Entscheidungsgründe: „Sowie ein allgemeiner beständiger Gerichtsgebrauch diese Lehre bestätigt, da man bisher den Concursacten zum Behuf eines Prioritätsurtheils ein beglaubtes chronologisches Verzeichniss der

zeit bis auf den heutigen Tag in der Beantwortung schwankt [b]). Und zwar ist es nicht bei zwei sich gegenüberstehenden Meinungen geblieben; sondern neben den beiden Extremen haben sich Mittelansichten herausgebildet, welche bald in mehr, bald in weniger Fällen eine Ausnahme von der Regel der Gleichberechtigung statuiren. So sollen die Pfandrechte nach der Bestellungszeit rangiren

1) bei der Verpfändung einer dem Besteller geschuldeten Sache [c]) oder

2) einer res futura i. e. S. [d]) oder

---

sämmtlichen vom Cridario successive acquirirten beweglichen und unbeweglichen Güter beizulegen sich noch nicht hat beifallen lassen." Vgl. auch die Bemerkung Hellfeld's im folgenden §. Note a. — Einen ähnlichen constanten Gerichtsgebrauch bezeugt ein Rostocker O. A. G. Dekret vom 26. März 1849, abgedruckt in der Buchka' und Budde'schen Sammlung von Entscheidungen des O. A. G. zu Rostock Bd. 1 S. 21 und in Seuffert's Archiv für oberstrichterl. Entsch. Bd. 11 S. 28 f. — Dieselbe Ansicht liegt dem Erkenntniss des O. A. G. zu Celle vom 13. December 1855 — mitgetheilt bei Seuffert a. a. O. S. 27 f. — zu Grunde. — Die Allgemeinheit dieser Praxis bestätigt auch Thibaut in Braun's Erörterungen Bd. 2 zu §. 660 a. E. und für Würtemberg (vor der Geltung des neuen Pfandgesetzes) Wächter, Würt. Privatr. Bd. 1 §. 74 Note 6 a. E. —

b) Ausführliche Nachweise über die ältere Literatur gibt Glück im Commentar Bd. 18 S. 214 Not. 44 S. 216 Not. 46—48; über die neuere Schmidt in der Giessn. Ztschr. N. F. Bd. 8 S. 368. Als Ergänzung hiezu ist anzuführen: Für die Gleichzeitigkeit streiten: Puchta Pand. §. 210 g. Vorl. Bd. I S. 400 u. Beil. XIX; Inst. II. §. 250 nn. Husckhe, Giess. Ztschr. Bd. 20 S. 200—207. 259. Seuffert, prakt. Pand.-R. Bd. I §. 214 Nr. 2. Herrmann, Giess. Ztschr. N. F. Bd. 9 Nr. 13 (1851), Heimbach im Rechtslex. Bd. 8 S. 66 (1854). — Für die Ansicht der Praxis sind aufgetreten: Arndts, P. §. 384 Note 6, Brinz, P. S. 299 f. Riedel, Giessn. Ztschr. N. F. Bd. 13 S. 288.

c) Gesterding Pfandr. 2. Aufl. S. 258. 261. Sintenis Handb. S. 86. 138 ff. 396 ff. und gem. Civilr. Bd. I §. 74 Ziff. IV. Seuffert, P. §. 214 Note 3. Puchta, Vorl. Bd. I S. 383. Verstehe ich ihn recht, so ist hieher auch Glück Comm. Bd. 14 S. 30 Note 85 zu stellen.

d) Glück Comm. Bd. 18 S. 214 f. Gesterding in der 1. Aufl. s. Pfandr. §. 4 a. E. — anders in der 2. Aufl. S. 86—88. — Hepp in der (oben §. 1) citirten Dissertation §. 21 und im civ. Archiv Bd. 10 S. 299 f., während er später — Rosshirt's Ztschr. für Civil- u. Crim.-R. Bd. 1 S. 338. 346. 373 — seine Ansicht gleichfalls änderte. Sintenis, Pfandr. S. 398 ff. und gem. Civilr. §. 69 Nr. 5 §. 74 IV. b. Puchta, P. §. 210 f. Vorl. Bd. I S. 378. 400. 454. Instit. II. §. 250. k. Seuffert, P. §. 214 Note 3. Herrmann, Giess. Ztschr. N. F. Bd. 9. S. 356 f.

3) bei der Einzelverpfändung fremder Sachen, wenn sie schlechtweg ohne die Bedingung des künftigen Erwerbs geschah [e]).

Ausserdem werden noch folgende Modificationen aufgestellt:

4) Wenn an dem Vermögen einer Person zugleich eine gesetzliche und eine vertragsmässige Generalhypothek besteht, so geht rücksichtlich der später erworbenen Sachen das gesetzliche Pfandrecht vor; unter concurrirenden gesetzlichen Generalhypotheken entscheidet die frühere Entstehung der Forderung [f]).

5) Dass bei der Verpfändung einer universitas rerum i. e. S. auch für die später zur Gesammtheit tretenden Stücke der Zeitpunkt der Pfandconstituirung die Priorität bestimme, darüber sind alle Schriftsteller einverstanden; sie leiten jedoch diesen Satz aus der Natur der universitas als fingirter Einen Sache, nicht aus den allgemeinen Prioritätsgrundsätzen ab, obwohl die hergebrachte Doctrin dem Begriff der universitas rerum eine weitere Ausdehnung gibt, als die Quellen rechtfertigen dürften.

Durch eine ganz besondere Erweiterung dieses Begriffs ist ein neuerer Schriftsteller, Herrmann [g]), zu eigenthümlichen Resultaten für die Bestimmung der Priorität an später erworbenen Sachen gekommen. Während nämlich die gemeine Meinung als wesentliches Merkmal der universitas rerum „eine innere Verbindung der Substrate durch die ihnen gegebene gemeinsame, ihr Dasein afficirende Bestimmung“ [h]) oder noch enger „die Möglichkeit einer körperlichen, im Gegensatz zu einer blos juristischen Benutzung der Gesammtheit“ [i]) aufstellt, entsteht nach Herrmann aus jeder Generalverpfändung ein Pfandrecht an einer universitas rerum. Im Zusammenhang damit stellt er folgende Regel auf. Wenn an einer universitas rerum mehrere nach einander bestellte Pfandrechte bestehn, welche durchgängig auch die künftig zur Gesammtheit tretenden Objecte ergreifen sollen, so gibt für die Collision derjenigen Pfandrechte, welche an jeder später erworbenen, unter das Ganze fallenden Sache mit

---

e) Vgl. die Citate bei Vangerow, P. §. 372 Anm. 2 c. Darauf scheint auch die Bemerkung Glück's im Bd. 14 S. 31 des Commentars beschränkt werden zu müssen.

f) Huschke, Giessn. Ztschr. Bd. 20 S. 207 ff. und die von ihm Note 1 Citirten. Auf die fiskalische Generalhypothek beschränkt dieses Vorzugsrecht Bachofen, Pfandr. S. 260 ff.

g) Giess. Ztschr. N. F. Bd. 9 S. 358—360. 363 ff.

h) Puchta, Vorl. Bd. I S. 73.

i) Huschke a. a. O. S. 199.

deren Erwerb entstehen, nicht das Princip der Gleichberechtigung, welches an sich aus der Gleichzeitigkeit der Entstehung folgen würde, sondern das Alter der an der Gesammtheit bestellten Pfandrechte den Ausschlag. Für den Fall dagegen, dass die durch den Erwerb entstehenden Pfandrechte theils aus einer speciellen und theils aus einer allgemeinen Verpfändung herrühren, soll wieder der Grundsatz der Gleichberechtigung Platz greifen. Durch letztere Modification verliert diese Lehre alle Consequenz; denn es ist nicht abzusehn, warum der Gesichtspunkt, dass die rechtliche Qualität der Sache sich gleichmässig auf alle Theile erstreckt, im zweiten Falle in den Hintergrund treten soll. Ist er richtig, so muss er überall durchschlagend sein, und es liegt dann im zweiten Fall kein „Gegensatz der entscheidenden Momente" vor, welcher eine positive Entscheidung nothwendig macht. Eine solche ist auch in L. 7. §. 1. D. qui pot. (20, 4) nicht gegeben. Das πρῶτον ψεῦδος dieser Lehre ist übrigens die Ausdehnung des Begriffs der universitas rerum auf alle Generalpfandrechte.

Um sofort meinen Standpunkt in der vorwürfigen Streitfrage zu bezeichnen, so theile ich die Ansicht der Praxis, dass unter mehreren Pfandrechten, welche durch den Erwerb der Sache vom Verpfänder zur Entstehung gelangen, eine Rangordnung nach der Zeitfolge der Bestellung eintrete, womit die im §. 5 aufgestellte Regel übereinstimmt. Ich werde nun den Nachweis versuchen, dass diese Meinung allein aus den gemeinrechtlichen Quellen zu rechtfertigen ist. Bei der vielfältigen Behandlung dieser Lehre wird sich die nachfolgende Darstellung vorwiegend mit einer übersichtlichen Zusammenstellung und kritischen Beleuchtung der bereits pro und contra vorgebrachten Gründe zu beschäftigen haben.

§. 28.

Die Frage vom Standpunkte des praktischen Bedürfnisses.

Nach den Ausführungen im ersten Abschnitt haben Zweckmässigkeit und Billigkeit einen besonders massgebenden Einfluss auf die Ausbildung der römischen Pfandrechtsgrundsätze ausgeübt. Wie hienach die aufgeworfene Streitfrage zu beantworten ist, unterliegt ebensowenig einem Zweifel, als dass die Intention der Vertragschliessenden sich regelmässig auf dieselbe Seite neigen wird. Es ist richtig, dass eine Pfandbestellung an Sachen, welche entweder noch nicht existiren oder wenigstens nicht im Vermögen des Verpfänders sich befinden, unter allen Umständen etwas Precäres hat. Aber wenn es vollends in die Hand des Pfandschuldners gegeben ist, durch neue Verpfändungen dem Gläubiger eine willkürliche

Zahl von Concurrenten zu schaffen, wenn ferner auch ohne das Zuthun jenes derselbe Erfolg durch Entstehung von gesetzlichen Generalhypotheken eintreten kann, so sinkt die in der Verpfändung künftiger Sachen gebotene Sicherheit auf ein Mininum herab. Oder nehmen wir eine Hypothek am ganzen Vermögen. Ein nicht geringer Theil der Vermögensobjecte unterliegt der Abnützung und dem allmäligen Untergang, wodurch wiederum die Anschaffung von Ersatzstücken bedingt wird. Wenn bei jedem neuen Erwerb die späteren Generalpfandgläubiger dem ältesten mit gleichen Rechten zur Seite treten würden, so schwände jenem seine Sicherheit allmälig gleichsam unter der Hand.

Ueberdiess führt die Ansicht der Gegner in der Anwendung zu ganz besondern, wo nicht unüberwindlichen Schwierigkeiten. Denn sie bedingt beim Vorhandensein mehrerer Hypotheken am ganzen Vermögen oder an demselben Collectivum den Nachweis der Erwerbszeit für jedes einzelne dazu gehörige Object, im Concurs die Bildung ebensovieler selbständiger Massen u. s. w. Ich zweifle nicht, dass vor solchen Consequenzen die römischen Juristen ihr praktischer Takt zurückgehalten hat; denn es entspricht der juristischen Folgerichtigkeit wenig, wenn man jene Ansicht in den Fällen, wo ihre Anwendung geradezu undurchführbar ist, aufgeben, in den andern aber beibehalten wissen will, wie Hellfeld zur Rettung seiner Meinung vorschlägt [a]).

§. 24.

Allgemeiner Einwand.

Gegen alle diese und ähnliche Bedenken glaubt man sich aus der natürlichen und unumstösslichen Erwägung verschliessen zu müssen, dass Niemand ein dingliches Recht an einer Sache begründen könne, bevor sie seiner Dispositon unterworfen ist. Diess ist bewusst oder unbewusst der Angelpunkt der jenseitigen Argumentation. Es kehrt dieser Einwurf immer wieder, so oft auch schon gezeigt worden ist, dass er bei einer richtigen Auffassung der hier vertretenen Ansicht, die ich kurzweg die Azo'sche nennen will, gar nicht anschlägt. Noch Niemanden ist es beigefallen, das

a) Er bemerkt in seiner dissert. de hypoth. fisci (opusc. X.) §. 25: Ast in concursu creditorum judices haec principia raro sequi solent, quod sine dubio fit ad evitandam difficultatem et confusionem exinde oriundam, si tempora acquisitionum eruenda et separationes bonorum instituendae forent. Si vero extra concursum creditorum duo creditores de pignore certant in re futura constituto, separationem bonorum post contractum quaesitorum urgeri posse, et horum intuitu posteriorem cum priori creditore pari jure gaudere non dubito.

Pfandrecht an einer fremden oder noch nicht existirenden Sache sofort mit der Bestellung entstehen zu lassen, insofern nicht im erstern Fall der Eigenthümer seine Einwilligung gegeben hat. Es wird nur behauptet, dass bei Collision zweier oder mehrerer vor dem Erwerb constituirter und mit ihm existent gewordener Pfandrechte dasjenige den Vorrang geniesse, welches aus der früheren Pfandverabredung stammt. Es lässt sich dieser Vorzug auf eine mehrfache Weise juristisch construiren; entweder man legt dem Erwerb der Sache ausser der Wirkung der Convalescenz auch retrotractive Kraft bei, so dass nach dieser Fiktion der allgemeine Grundsatz: prior tempore, potior jure den Vorzug des früher bestellten Pfandrechts begründen würde; oder man sieht die Sache so an, als ob mit dem Erwerbe die Pfandrechte nach einander in derselben Reihenfolge convalescirten, in welcher sie bestellt wurden, wovon dann dasselbe gilt; oder man erklärt das Alter des Verpfändungsactes für einen singulären Prioritätsgrund bei der Collision solcher Pfandrechte. Ich habe mich oben (§. 8) dafür entschieden, dass die römischen Juristen hier wie anderwärts von dem Begriff der pignoris obligatio ausgegangen seien, um welchen sich die ganze Prioritätslehre dreht. Mit der Verpfändung ist hier freilich eine dingliche Ergriffenheit der Sache noch nicht vorhanden; darum gehn den so bestellten Pfandrechten unbedingt alle diejenigen vor, welche der frühere Eigenthümer, noch vor dem Eigenthumsübergang, wenn auch später, an der Sache constituirt hat. Aber weil aus dieser Verpfändung ohne weiteren Begründungsact das Pfandrecht mit dem Erwerb der Sache entsteht, so gilt allen vom Erwerber bestellten Rechten gegenüber pignus schon mit der Constituirung als obligirt.

Wem diese Anschauung allzu künstlich und gesucht dünkt, der möge bedenken, dass durch dieselbe die römischen Juristen nicht erst zur Aufstellung der successiven Rangordnung für die vor dem Erwerb begründeten Pfandrechte gelangten, sondern dass sie dadurch nur diesen aus einem entschiedenen Verkehrsbedürfniss entsprungenen Rechtssatz mit den Anforderungen der juristischen Consequenz in Einklang zu setzen suchten.

Jedenfalls geht soviel hervor, dass das undenkbare und widersinnige Resultat, dass eine Sache einem von mir bestellten Pfandrecht zu einer Zeit unterworfen sein soll, wo sie noch dem Titius gehörte [a]), aus der diesseitigen Ansicht keineswegs mit Nothwendigkeit hervorgeht.

Für die diesseitige Ansicht scheint mir indess noch folgender Gesichtspunkt hervorgekehrt werden zu dürfen.

---

a) Puchta, Vorl. I. S. 453 Beil. XIX.

Die Lehre von der Convalescenz der an fremden Sachen bestellten Pfandrechte hat sich unverkennbar aus den Grundsätzen der exceptio doli entwickelt. Der Eigenthümer des Pfandobjects würde dolose handeln, wenn er dem Gläubiger gegenüber sich darauf berufen wollte, dass ihm zur Zeit der Verpfändung das Eigenthum an der Sache gefehlt habe. Hieraus erklärt sich, warum bei der speciellen Verpfändung einer dem Pfandschuldner nicht gehörigen Sache der Gläubiger durch den Eigenthumserwerb nur dann eine Klage erwirbt, wenn er nicht wusste, dass die Sache nicht im Vermögen des Ersteren war, oder wenn die Bedingung des künftigen Erwerbs ausdrücklich beigefügt wurde, oder wenn endlich die Sache dem Verpfänder bereits geschuldet ward. Denn wenn der Letztere an der fremden Sache ein jetzt schon wirksames Pfandrecht zu constituiren beabsichtigt, was anzunehmen ist, wenn er noch keine gegründete Aussicht auf den Erwerb derselben hat, oder wenn er nicht einen entgegengesetzten Vorbehalt macht, so erlaubt er sich damit einen rechtswidrigen Eingriff in eine fremde Rechtssphäre. Wusste der Gläubiger darum, so participirt er an dieser Rechtswidrigkeit, so dass er sich ebenfalls in dolo befindet. Desshalb muss ihm der Klagschutz versagt und kann ihm blos ein Retentionsrecht zuerkannt werden; in der gleichen Erwägung aber wird für den entgegengesetzten Fall eine utilis hypothecaria actio zugestanden; und da auch bei der Verpfändung des zukünftigen Vermögens jene Absicht ausgeschlossen ist, so unterliegt keinem Zweifel mehr, warum die volle Convalescenz der an fremden Sachen bestellten Pfandrechte gerade nur auf die in den Quellen bezeugten Fälle beschränkt wurde.

Gleichwie nun anderwärts der Grund, worauf die exceptio doli beruht, nicht blos dem ursprünglichen Gegner gegenüber wirkt, sondern gegen jede Person, welche ihr Recht von ihr ableitet [b]), so auch bei der mehrfachen Verpfändung einer fremden Sache. Wem früher verpfändet wurde, dem müssen alle nachfolgenden Gläubiger ebenso weichen, wie ihr Autor, da letzterer kein stärkeres Recht auf sie übertragen konnte, als er selbst hatte. Durch die Convalescenz aber wird ein Recht nur in demselben Maasse gültig, als es von Anfang gewesen sein würde, wenn damals schon das erst jetzt gehobene Hinderniss beseitigt gewesen wäre. Dass die Gläu-

---

b) Die exceptio rei venditae et traditae gibt hiefür das schlagendste Beispiel: L. 2. 3 §. 1 D. de exc. rei vend. et trad. (21, 3.) L. 4 §. 32 D. de exc. doli mal. (44, 4.) L. 72 D. R. V. (6, 1.) L. 9 §. 4 D. de Public. in rem act. (6, 1.) Noch weiter geht im Widerspruch mit dem letztangeführten Gesetze Neratius in L. 31 §. 2 D. de A. E. V. (19, 1.)

biger nachstehn, welchen die Sache erst später, wenn auch vor deren Erwerb verpfändet wurde, ist um so billiger, als der Schuldner gesetzlich verpflichtet ist, ihnen die frühere Verpfändung kund zu geben (vgl. §. 1 Note e), und als unter der Vernachlässigung dieser Obliegenheit am Wenigsten der erste Gläubiger leiden kann.

Legt man endlich auf die Intention der Parteien Gewicht, so wird dieselbe regelmässig dahin gehn, dass das aus einer frühern Verpfändung entspringende Recht nicht durch spätere Pfandbestelluugen geschmälert werden soll.

§. 25.

Quellenbeweis. — Von der Verpfändung künftig zu erwerbender Sachen.

Die vorausgeschickten allgemeineren Erwägungen könnten nimmermehr entscheidend sein, wenn sie mit den concreten Zeugnissen der Quellen in Widerspruch stünden. Es wird daher Alles darauf ankommen, letztere einer eingehenden, unparteiischen Prüfung zu unterwerfen und an deren Ergebniss den aufgestellten Grundsatz zu messen.

Es soll sofort mit derjenigen Stelle begonnen werden, in welcher der Principalbeweis für die entgegengesetzte Ansicht gefunden werden will, mit L. 7 §. 1 D. qui pot. (20, 4); ihr Wortlaut ist im Zusammenhang mit dem Principium folgender:

> Ulp. lib. 3 Disp. — Idemque est, si ex nummis pupilli res fuerit comparata. Quare si duorum pupillorum nummis res fuerit comparata, ambo in pignus concurrent pro his portionibus, quae in pretium rei fuerint expensae. Quod si res non in totum ex nummis cujusdam comparata est, erit concursus utriusque creditoris, id est et antiquioris et ejus, cujus nummis comparata est. §. 1. Si tibi „quae habiturus sum“ obligaverim, et Titio specialiter fundum „si in dominium meum pervenerit“, mox dominium ejus adquisiero: putat Marcellus, concurrere utrumque creditorem et in pignore. Non enim multum facit, quod de suo nummos debitor dederit: quippe cum res ex nummis pignoratis emta, non sit pignorata ob hoc solum, quod pecunia pignorata erat.

Der erste Blick auf diese Gesetzstelle lehrt, dass sie nur dann irgend etwas für die Gegner beweist, wenn man von der Annahme ausgeht, dass das Generalpfand früher bestellt wurde als das Specialpfand. Diese Voraussetzung ist vor der Hand willkürlich. Zwar glaubt Hepp [a]) bei allen

---

a) In Rosshirt's Ztschr. Bd. I S. 355.

menschlichen Handlungen bilde das Successive die Regel, und für sie, nicht für die Ausnahme streite die Vermuthung. Dagegen hat schon Zimmern [b]), sonst ein Anhänger jener Ansicht, mit Recht bemerkt, dass beide Namen nicht gleichzeitig aus der Feder kommen konnten. Dazu pflegen Ulpian und die andern Juristen die Verschiedenzeitigkeit der Pfandbestellung durch das verschiedene Tempus oder sonstwie besonders anzudeuten [c]); überdiess brauchen ja die Verpfändungen, um gleichzeitig zu sein, nicht in einem Athemzug Statt gefunden zu haben; es genügt, wenn sie auf einen Tag fallen. Also findet die angebliche Vermuthung keine Anwendung. Endlich musste der Jurist doch die zeitliche Aufeinanderfolge besonders betonen, wenn, wie die Gegner annehmen, der Kern der Stelle in dem Satze ruhen würde, dass die in getrennten Zeiten an einer künftig zu erwerbenden Sache bestellten Pfandrechte gleich stark seien. Einer marquirteren Hervorhebung der gleichzeitigen Verpfändung bedurfte es dagegen, wenn man der Meinung Azo's folgt, nicht, da hienach auf dem Alter der Bestellung kein Nachdruck liegt.

Die Supposition der Gegner ist aber nicht blos willkürlich, sie ist unzulässig. Letzterer Beweis ist in schlagender Weise von Schmidt [d]) geführt worden; ich will in Kürze seine Argumentation wiedergeben und und gegen wirklich erhobene und mögliche Einwände zu sichern suchen.

Wie in den unmittelbar vorausgehenden LL. 5 und 6 stellt Ulpian im Principium unserer Stelle ein Beispiel auf für den in L. 5 cit. enthaltenen Satz: Interdum posterior creditor potior est priori. Diess lehren die Worte „idemque est“ und der äussere Zusammenhang zwischen L. 7 und L. 5, sie sind beide aus dem lib. 3 Disp. Ulpians entnommen. Soll nun das angeführte Beispiel nicht schief sein, so muss nach der Voraussetzung des Juristen das Pfandrecht des Pupillen jünger sein, als das des concur-

---

b) In Schunck's Jahrb. Bd. 2 S. 252. Er hält die ganze Stelle für beweisunkräftig.

c) Z. B. Ulpian in einer demselben Buch entnommenen Stelle L. 28 D. de jur. fisc. (49, 14), dann in L. 8 D. qui pot.; Papin. in L. 1 pr. L. 2. 3 D. eod. Afric. in L. 9 D. eod. Gai. in L. 11 eod. Marc. in L. 12 eod. Paul. in L. 16 eod. Scaevola in L. 21 eod. Modestin in L. 9 D. quib. mod. pign. (20, 6).

d) Giess. Ztschr. N. F. Bd 8 Nr. 13. Seiner Erklärung ist beigetreten Brinz, P. S. 298. Eine besondere Widerlegung hat versucht Herrmann in ders. Ztschr. N. F. Bd. 9 N. 13. Missbilligt wird sie auch von Vangerow, P. §. 369 Anm. I. 2.

rirenden Pfandgläubigers; wären sie gleichzeitig, müsste die Thesis heissen: zuweilen besteht auch unter gleichalterigen Hypotheken ein Vorzug der Einen vor der Andern. Da nun in dem Augenblick, wo das Pfandrecht des Pupillen beginnt, die Sache erst in das Vermögen des Verpfänders kommt, so kann das Pfandrecht des andern Gläubigers nur aus einer Verpfändung vor dem Erwerb herrühren, folglich hat der Ulpianische Satz die Regel zur nothwendigen Voraussetzung, dass das an einer zu erwerbenden Sache eingeräumte Pfandrecht einem später, sei es vor oder mit dem Erwerb begründeten vorgehe.

Mit diesem Inhalt des Principium verträgt sich aber die Annahme nimmermehr, dass Ulpian im §. 1 von einer Verschiedenzeitigkeit der generellen und speciellen Verpfändung ausgehe; er würde sonst hier das gerade Gegentheil von dem aufstellen, was er im Eingang zur unzweideutigen Voraussetzung genommen hat.

Es ist gewiss ungerechtfertigt, wenn man einwendet, dass bei dieser Supposition der vom Juristen beseitigte Zweifelsgrund, ob nicht in Folge der Anschaffung der Sache mit bereits generell verpfändetem Geld der Generalpfandgläubiger einen Vorrang geniesse, gar nicht denkbar wäre. Betrachten wir die Stelle genauer, so ist der Gedankengang folgender.

Es wird zunächst gefragt, ob die Entstehungsart der Pfandrechte an sich einen Einfluss auf die Priorität äussere, insbesondere, ob das aus einer generellen Verpfändung entsprungene Pfandrecht einen Vorzug habe vor einem durch specielle Verpfändung begründeten. Der Jurist verneint es. Indess könnte diess Jemand dann bejahen wollen, wenn das Pfandobject mit dem Geld des Schuldners erworben wurde, welches dem Generalpfandgläubiger bereits verpfändet war. Auf welche Weise soll aber damit das beanspruchte Vorzugsrecht gerechfertigt werden? Hepp meint, der Generalpfandgläubiger habe unter Berufung auf den Satz: res succedit in locum pretii behauptet, das alte Pfandrecht am Gelde sei ganz und gar mit dem Altersvorzug auf das erworbene Grundstück übergegangen. Diese Erklärung ist möglich; aber nach ihr kommen wir aus allem Zusammenhang mit der Untersuchung im Principium. Unter gleichen Umständen wird aber immer diejenige Auffassung den Vorzug verdienen, welche in der Stelle eine logische Aneinanderreihung der Gedanken aufzeigt. Daher glaube ich, dass nicht das Alter es war, auf dessen Grund der Generalpfandgläubiger den Vorrang vor dem Specialpfandgläubiger prätendirte, sondern das singuläre Pfandrechtsprivilegium wegen versio in rem. Die Gültigkeit dieses Privilegiums beim Pfand für ein zur Anschaffung der Sache gemachtes Darlehn führte sehr leicht zu dieser Schlussfolgerung

Danach knüpft sich auch der §. 1 ganz logisch an das Vorausgegangene an. Ulpian handelt an dieser Stelle des 3. Buchs seiner Disputationen (vgl. L. 5 und L. 7 pr. eod.) von dem Pfandprivilegium des Gläubigers, cujus pecunia salvam fecit totius pignoris causam, in L. 7 pr. insbesondere von dem Vorzugsrechte des Darlehnsgläubigers. Was lag näher, als diese Grundsätze auf den Fall, da Sachen mit verpfändetem Geld angeschafft wurden, in analoge Anwendung bringen zu wollen?

Es ist nun aber nachzuweisen, dass der Schlusssatz: quippe cum res ex nummis pignoratis emta, non sit pignorata relq. zu dieser Auslegung passt. Das ist allerdings nicht der Fall, wenn man in demselben die directe Begründung für die vorhergehende Entscheidung: non enim multum facit relq. sucht. Aber diess trifft nicht blos die hier vertretene Interpretation, sondern auch die gegnerische, welche von einer Verschiedenzeitigkeit der generellen und speciellen Verpfändung ausgeht. Ja selbst nach der Hepp'schen Auffassung bleibt dieses Bedenken, sofern es überhaupt als ein solches angesehen werden kann; denn wenn auch eine Sache darum schon verpfändet wäre, weil das auf ihren Ankauf verwendete Geld dem Pfandnexus unterlag, so folgt daraus noch nicht, dass beide Pfandrechte identisch oder auch nur gleichalterig sind. Meines Dafürhaltens will Ulpian in dem Schlusssatz nur zeigen, dass die im Eingang und im §. 1 vorgetragenen Fälle sich auch abgesehn von der Prioritätsfrage nicht gleichstellen lassen. Er knüpft dabei allerdings an den individuellen Fall an, wenn ein Mündel zur Anschaffung einer Sache Geld dargeliehen hat; der Mündel hat in diesem Fall, sagt der Jurist, ein stillschweigendes Pfandrecht an der Sache; war ihm hingegen das verwendete Geld nur verpfändet, so steht ihm ein Pfandrecht an der angeschafften Sache nur auf Grund besondrer Bestellung zu.

Herrmann sucht der Schmidt'schen Beweisführung die Spitze dadurch abzubrechen, dass er die Worte posterior und prior in dem Satz: interdum posterior potior est priori auf den Act der Pfandconstituirung, nicht auf den Anfang der Pfandrechte bezieht. Jener Satz würde dann besagen: Von der Regel, dass derjenige Pfandgläubiger den Vorrang hat, welchem früher verpfändet wurde, tritt zuweilen das Gegentheil ein. Nun muss man doch annehmen, dass die angeführten Ausdrücke von den Juristen nicht bald in dem, bald in jenem Sinn gebraucht werden. Ist daher die Herrmann'sche Deutung richtig, so geht auch der Satz in L. 5 cit. und selbst die allgemeine Regel: prior tempore potior jure nicht auf das Alter des Pfandrechts, sondern der Verpfändung. Mit diesem Resultat kann man sich diesseits nur einverstanden erklären; denn diess ist ja eben

die Behauptung, dass regelmässig für die Priorität der Zeitpunkt der Bestellung nicht der Entstehung des Pfandrechts massgebend sei. — Wenn derselbe Schriftsteller im Eingang der Stelle und zwar in dem Satze: Quare si duorum pupillorum nummis relq. eine besondere Bestätigung des Princips findet, dass mehrere specielle Pfandrechte, an einer künftig zu erwerbenden Sache bestellt, erst vom Erworb an datirt werden, so übersieht er denn doch, dass es sich in den Fällen der sog. versio in rem um einen Vorzug durch besonderes Privilegium, nicht um den allgemeinen Altersvorrang handelt, wobei nur die wirkliche Verwendung des Gelds in Betracht kommt, nicht die Zeit des Darlehns oder der Pfandbegründung oder der Entstehung des Pfandrechts. Die Pfandrechte beider Pupillen stehn sich gleich wegen des bei beiden zutreffenden singulären Vorzugsrechts der versio in rem.

§. 26.

Fortsetzung.

Noch ein Angriff ist gegen die hier vertretene Interpretation der L. 7 pr. cit. denkbar, und man muss sich in der That wundern, dass derselbe noch nicht geltend gemacht worden ist. Da er sich aber gleichmässig auf zwei andere für die Azo'sche Meinung sprechende Beweisstellen bezieht, so will ich vorerst der letztern Erwähnung thun.

Dieselbe Voraussetzung nämlich, die wir in L. 7 pr. D. cit. gefunden haben, dass verschiedenzeitig bestellte Pfandrechte an einer künftig zu erwerbenden Sache an sich nach dem Zeitpunkt der Pfandbegründung rangiren, liegt auch zu Grunde in L. 7 Cod. qui pot. (8, 18).

Impp. Diocletianus et Maximinianus — Licet iisdem pignoribus multis creditoribus diversis temporibus datis priores habeantur potiores: tamen eum, cujus pecunia praedium comparatum probatur, quod ei pignori esse specialiter obligatum statim convenit, omnibus anteferri juris auctoritate declaratur.

und in Nov. 98 cap. 3:

Scimus quasdam hypothecas, etsi posteriores, ex privilegiis a legibus illis concessis praeponi antiquioribus creditoribus, veluti quando quis pecunia sua navem fabricaverit, vel eam emi, fabricari, aut reparari ant domum forte aedificari, vel agrum aut aliud quid emi curaverit. In his enim omnibus posteriores creditores, quorum pecuniis res adquisitae vel renovatae sunt, potiores sunt iis, qui multo sunt antiquiores.

Hier wie dort wird von einer ältern und jüngern Hypothek gesprochen, von denen ausnahmsweise die letztere den Vorzug haben soll, obwohl das Pfandobject erst in dem Zeitpunkt, wo die zweite begründet wird, in das Vermögen des Schuldners kommt; es muss also die ältere Hypothek zu einer Zeit bestellt worden sein, wo die Sache dem Pfandschuldner noch nicht gehörte. Dagegen könnte man nun folgenden Einwand erheben.

Es besteht bekanntlich eine noch heute nicht beigelegte Controverse darüber, ob die privilegirten Pfandrechte aus der Zeit eines spätern Eigenthümers auch den einfachen Pfandrechten, welche aus der Zeit eines frühern Eigenthümers stammen, vorgehn? Wie? Wenn die in den drei citirten Gesetzstellen — L. 7 pr. Dig. L. 7 Cod. und Nov. 97 cap. 3 — vorausgesetzte ältere Hypothek nicht von dem Erwerber der Sache herrührte, bei welchem die jüngere Hypothek begründet wurde, sondern aus den Zeiten eines frühern Eigenthümers? Mit dieser Auffassung erhalten wir erstens ein Argument für die Meinung, welche die letzterwähnte Streitfrage bejahend entscheidet, und zweitens fällt damit die Schlussfolgerung in sich zusammen, welche auf jene Stellen Schmidt und die Anhänger seiner Ansicht bauen. Die Sache verdient nähere Betrachtung.

Die Nov. 97 cap. 3 lässt sich in diesem Sinn nicht wohl ausbeuten; Justinian setzt unter Anderm als Beispiel der versio in rem: „quando quis pecunia sua navem fabricaverit vel eam ... fabricari ... curaverit“. Eine neugeschaffene Sache schliesst aber die Annahme eines frühern Eigenthums und hieraus abgeleiteter Pfandrechte aus; man müsste denn annehmen, dass der Stoff vom Eigenthümer mit der weitern Verabredung verpfändet war, dass das Pfandrecht auf die neue Species übergehn solle; aber auch dann könnte von einer ältern Hypothek nur gesprochen werden, wenn man das Pfandrecht an der Species nicht erst von der Entstehung datiren lässt, was die Gegner natürlich nicht zugeben werden.

Es ist für den gegenwärtigen Zweck nicht nöthig, auf die Streitfrage über das Verhältniss der privilegirten Pfandrechte zu den einfachen Pfandrechten aus der Zeit eines frühern Eigenthümers ihrem ganzen Umfang nach einzutreten [a]); die citirten L. 7 Dig. und L. 7 Cod. handeln ausschliess-

a) Eine überzeugende Erörterung dieser Frage gibt Wächter im civil. Arch. Bd. 14 Nr. 15, mit welcher er die entgegengesetzte Ansicht Thibaut's in dessen civil. Abhandl. S. 311 ff. und im civil. Arch. Bd. 14 Nr. 10, sowie einzelner Anderer widerlegt, welche den absoluten Vorrang der privilegirten Pfandrechte vertheidigen. Der Wächter'schen Ausführung sind fast alle Neueren beigetreten. Einige unbeschränkt z. B. Sintenis Pfandr. S. 636—

lich und Nov. 97 c. 3 wenigstens zugleich von dem Pfandprivilegium wegen Verwendung des dargeliehenen Gelds zum Ankauf des Pfandobjects. Man sucht nun vergebens nach einer unzweideutigen Gesetzstelle, welche den oft behaupteten Vorzug der wegen versio in rem privilegirten Pfandrechte vor den einfachen Pfandrechten, welche aus der Zeit eines frühern Eigenthümers herrühren, rechtfertigte. Ein solches absolutes Vorzugsrecht wäre für diejenigen Gläubiger, deren Geld zur Anschaffung der Sache verwendet wurde, geradezu sinnlos; denn der hiedurch vermittelte Eigenthumsübergang hat für die bereits vorhandenen Pfandgläubiger nicht den mindesten Vortheil [b]). Ein derartiges Privilegium wäre das Erzeugniss nackter Willkür; diese ist aber am Allerwenigsten bei dem Vorzugsrechte wegen des creditum in utilitatem zu vermuthen, da dasselbe ohne Zweifel nicht aus positiver Satzung, sondern aus einer natürlichen Anschauung im Rechtsbewusstsein des Volks entsprungen und durch die Jurisprudenz weiter ausgebildet worden ist. Die ratio legis liegt in dem: quia salva est facta pignoris causa; dieser Grund schlägt aber in dem vorwürfigen Falle nicht an [c]).

Nach welcher Seite hin wir also die citirten Stellen betrachten, so können wir unter dem prior oder antiquior creditor nur einen Gläubiger verstehn, welchem dis Sache vom jetzigen Eigenthümer vor ihrem Erwerb verpfändet wurde. Und will man das Gesammtresultat der vorstehenden Erörterung gering anschlagen, so geht doch soviel hervor, dass L. 7 §. 1 cit. als Zeugniss für die Ansicht der Gegner nicht angerufen werden kann.

---

638 u. gem. Civilr. §. 80 Ziff. III, Andere mit Ausnahme des Pfandrechts für ein Darlehen zur physischen Erhaltung oder Herstellung der Sache, wofür sie den absoluten Vorzug in Anspruch nehmen, so Arndts, P. §. 385 Anm. 5. Brinz, P. S. 345. Dagegen steht Vangerow, P. §. 385 Anm. im Ganzen noch zu Thibaut. Vgl. Note c.

b) Ich könnte mir hiefür nur ein volkswirthschaftliches Motiv denken, das aber in dieser Allgemeinheit ebenso unvernünftig wäre, nämlich, den Kapitalbesitzern einen Anreiz zu Darlehn behufs Ankaufs von Sachen zu geben und dadurch eine Belebung des Güterverkehrs herbeizuführen.

c) Diess haben auch Vertheidiger der Thibaut'schen Ansicht anerkannt, indem sie für dieses Pfandprivileg keinen absoluten Vorrang annehmen, z. B. Vangerow a. a. O.

§. 27.

L. 11 §. 2 D. qui pot.

Es lässt sich nicht läugnen, dass auf den ersten Blick das an der Spitze genannte Pandektenfragment eine direkte Bestätigung der Gleichberechtigung aller an einer noch nicht erworbenen Sache bestellten Pfandrechte zu enthalten scheint. Sehn wir zu, ob dieses Ergebniss in der That richtig ist.

Gaius ad form. hypoth. — Si colonus convenit: „ut inducta in fundum, illata, ibi nata pignori essent“ et, antequam inducat, alii rem hypothecae nomine obligaverit, tunc deinde eam in fundum induxerit, potior erit, qui specialiter pure accepit: quia non ex conventione priori obligatur, sed ex eo, quod inducta res est: quod posterius factum est.

Die gewöhnliche Argumentation ist folgende:

Von der Regel, dass die Wirkung der eingetretenen Bedingung auf den Moment des Geschäftsabschlusses zurückzubeziehen ist, machen diejenigen Bedingungen eine Ausnahme, deren Erfüllung in der Willkür des künftigen Schuldners steht. Diess sagt L. 9 §. 1 D. qui pot. mit aller wünschenswerthen Deutlichkeit. Nur eine Anwendung dieses Grundsatzes enthält die Entscheidung in L. 11 §. 2 cit.; die Verpfändung „ut inducta in fundum etc. essent“ ist gleich der Verpfändung „si res in fundum inductae erunt“; folgerecht kann das Pfandrecht nicht über den Zeitpunkt der Illation zurückdatirt werden. Auch die generelle und specielle Verpfändung fremder Sachen ist aufzufassen als obligatio rei, „quam habebo“ oder „si in dominium meum pervenerit“, welche Fassungen sich nach L. 1 §. 3 D. de condit. (35, 1) gleichstehn. Da nun der Erwerb der Sache vom Willen des Schuldners nicht minder abhängt, als die Illation, so gilt von der Priorität der an fremden Sachen bestellten Pfandrechte dasselbe, was L. 11 §. 2 cit. für das Pfandrecht an den Invekten und Illaten vorschreibt.

Aus dem eigenen Lager der Gegner[a]) ist schon gegen diese Schlussfolgerung eingewendet worden, dass sie nicht durchgängig bündig ist, da es auch einen ohne unsern Willen eintretenden Erwerb gibt.

---

a) Huschke, Giessn. Ztschr. Bd. 20 S. 203; auch Rosshirt in seiner Ztschr. Bd. 1 S. 26 und Sintenis, Pfandr. S. 388 verwerfen dieses Argument, während umgekehrt Zimmern a. a. O. S. 253 der Meinung ist, dass unsere Frage sich nur aus den Grundsätzen über die Bedingungen lösen lasse.

Was das aus L. 9 §. 1 cit. gezogene allgemeine Princip anlangt, so habe ich oben (§. 16 und 17) dessen Unrichtigkeit nachzuweisen versucht; also selbst angenommen, dass die römischen Juristen von der ihnen unterlegten Auffassung der Verpfändung fremder Sachen als Verpfändung unter einer Potestativbedingung ausgegangen sind, so wäre immer die gegnerische Argumentation nichts weniger als stichhaltig.

Will man den künftigen Erwerb mit Andern [b]) als conditio juris auffassen, so ist an sich dagegen nichts einzuwenden, aber für die Theorie der Gegner ebensowenig gewonnen; denn obwohl der Satz, dass bei conditiones juris keine Rückziehung Statt finde, fast von Allen [c]) als zweifellos richtig hingestellt zu werden pflegt, so unterliegt er doch gerechten Bedenken. Die Einwilligung des Eigenthümers in die Verpfändung seiner Sache durch einen Dritten ist gewiss ein objectives Erforderniss der Gültigkeit; gleichwohl wird ihre Wirkung zurückbezogen. Bei Legaten begegnet uns sogar die eigenthümliche Erscheinung, dass die sog. eigentliche Bedingung keine rückwirkende Kraft hat, während sie der conditio juris beigelegt wird [d]).

Man kann indess diese Rechtfertigungsweise fallen lassen und die Beweiskraft der Eingangs angeführten Stelle damit zu retten suchen, dass man sagt: In der Bedingung „si res inducta erit" ist ebenso wie in der Bedingung „si res in dominium meum pervenerit" zugleich eine Bedingung und Zeitbestimmung enthalten, „die Sache soll dir verpfändet sein, wenn und von da an, da ich sie einbringe oder erwerbe." Darum sagt der Jurist, dass die Sache „non ex conventione, sed ex eo, quod inducta est, obligatur."

Diese Wendung führt der Wahrheit näher; aber in ihrer Verfolgung zeigt sich, wie wenig von der Verpfändung der Invekten und Illaten ein Schluss auf die Pfandbestellung an Sachen, welche dem Schuldner noch nicht gehören, zulässig ist.

Wenn gesagt wird, dass das Pfandrecht an den Invekten und Illaten des Pächters nach der Absicht der Parteien — denn darauf kommt es wohl

---

b) Huschke a. a. O. Vangerow P. §. 369 Anm. 1. 1 legt gleichfalls hierauf Gewicht.

c) Indess hat Savigny System des R. R. Bd. 2 §§. 116—124 denselben nicht und neuerdings wurden von Fitting im civil. Arch. Bd. 39 S. 313 dagegen Zweifel erhoben.

d) L. 7 §. 1. L. 22 §. 1 D. quando dies legat. (36, 2) — namque dies legati, cui conditio non adscribitur, quamvis extrinsecus expectanda sit, cedit.

allein an, da sie doch unstreitig auch das Gegentheil festsetzen können — erst von der Zeit anheben soll, wo sie auf das Pachtgut gebracht werden, so ist diess ganz richtig; denn hätten die Parteien eine andere Intention gehabt, hätte insbesondere der Verpächter geglaubt, dass mit einem Pfandrecht, dem alle nach jener Uebereinkunft, aber vor der Illation bestellten Pfandrechte vorgehn, ihm keine genügende Sicherheit geboten werde, so stund nichts im Weg, dass er sich die Sachen des Pächters in einer andern Weise, sei es generell oder speciell, verpfänden liess. Da er diess nicht gethan hat, so muss angenommen werden, dass ihm das Pfandrecht mit der Bestimmung der Priorität von der Illation an genügend schien. Betrachten wir dagegen die generelle oder specielle Verpfändung fremder Sachen, so gewinnen wir ein ganz anderes Resultat. Bei der Verpfändung seines gegenwärtigen und zukünftigen Vermögens kann der Pfandbesteller dem Gläubiger in Ansehung der zukünftigen Güter mit dem besten Willen kein sichereres Recht geben, als eine Anwartschaft. Denn Niemand wird die thatsächlichen Verhältnisse so sehr verkennen, dass er behauptet, es stehe nur im Belieben des Schuldners, sofort so viele Gegenstände zu erwerben, als zur Sicherheit des Gläubigers vollkommen ausreichend scheinen. Kann man aber behaupten, in dieser Art der Verpfändung liege die Absicht ausgesprochen, dass auch der erste Pfandgläubiger an den später erworbenen Sachen mit allen folgenden sein Recht theilen solle? Gewiss nicht. Nicht anders stellt sich die Sache bei der Verpfändung einer einzelnen dem Schuldner noch nicht gehörigen Sache. Kein Gläubiger wird sich mit dieser Pfandsicherheit begnügen, so lange der Schuldner Gegenstände von entsprechendem Werthe in seinem Vermögen hat. Also auch hier ist es die Unmöglichkeit, ein besseres Pfandrecht zu geben. Muss man nun nicht annehmen, dass die Parteien nicht wenigstens das gebotene Pfandrecht in möglichst tauglicher Weise constituiren wollten? Der Grundfehler der gegnerischen Argumentation liegt darin, dass sie mit gänzlicher Hintansetzung des Willens der Parteien bloss aus abstrakten Sätzen ihre Folgerungen ziehn, während die römischen Juristen gerade umgekehrt eben jenem subjectiven Moment nachgegangen sind [e]) und das als objective Regel ausge-

---

e) Eine Bestätigung dieser Verfahrungsweise gibt uns gerade für das Pfandrecht an den Invekten und Illaten die Untersuchung der Juristen, welche Gegenstände dem Pfandnexus unterworfen sein sollen. L. 32 D. pign. (20, 1) L. 7 §. 1 D. in quib. caus. (20, 2) — ea sola, quae ut ibi sint, illata fuerint, pignori sint.

sprochen haben, was sich als regelmässige Intention der Vertragschliessenden herausstellte.

Bei einer genaueren Vergleichung unserer Stelle mit der Verpfändung zukünftiger Sachen findet sich übrigens noch ein anderer wichtiger Unterscheidungspunkt. In L. 11 §. 2 cit. handelt es sich nämlich um die Frage, ob ein später entstandenes Pfandrecht den Vorzug habe vor einem frühern, das zur Zeit der Entstehung des ersteren bereits vollkommen existent war. Unsere Frage betrifft aber nur die Collision solcher Pfandrechte, welche sämmtlich in demselben Moment in Kraft getreten sind. Daher lässt sich der Fall der L. 11 §. 2 cit. mit der mehrfachen Verpfändung künftig zu erwerbender Sachen füglich nicht zusammenstellen; er hat vielmehr seine Analogie in dem Fall, da ein vor dem Erwerb bestelltes Pfandrecht mit einem andern collidirt, welches noch der vorhergehende Eigenthümer aber nach jenem ersteren constituirte, oder mit dem andern, wenn ein Eigenthümer die von einem Dritten geschehne Verpfändung seiner Sache ratihabirt, nachdem er selbst mittlerweile an derselben ein Pfandrecht bestellt hat. So wenig in den letztgenannten Fällen das neu entstehende Pfandrecht das schon vollgültig vorhandene beeinträchtigen kann, so wenig kommt dem späteren Pfandrecht des Verpächters ein Vorzug vor dem älteren Recht des anderen Gläubigers zu. Wie es aber bei der Concurrenz gleichzeitig entstehender Pfandrechte zu halten sei, ist damit ganz und gar nicht entschieden.

§. 28.

L. 34 §. 2 D. pign. und L. 28 D. de jure fisci.

Zu den Beweisstellen, welche mehr in früherer Zeit von den Gegnern in Bezug genommen zu werden pflegten, gehört L. 34 §. 2 D. pign. (20, 1.)

> Scaevola lib. 27 Dig. — Creditor pignori accepit a debitore, quidquid in bonis habet, habiturusve esset. Quaesitum est, an corpora pecuniae, quam idem debitor ab alio mutuam accepit, cum in bonis ejus facta sint, obligata creditori pignoris esse coeperint? Respondit, coepisse.

Allein die Mehrzahl [a]) hat sich nachgerade von der Unerheblichkeit dieser Stelle für die gegenwärtige Frage überzeugt, und ich würde sie

a) So hat sich namentlich Hepp von seiner abweichenden Ansicht in der dissert. laud. pag. 171—173 bekehrt im civ. Arch. 10 S. 309, in der Halle'schen Liter. Zeit. 1832 S. 494 f. und Rosshirt's in Ztschr. Bd. 1 S. 339. Damit

ganz mit Stillschweigen übergehn, wenn nicht in neuerer Zeit wieder eine Autorität, wie Huschke[b]), sie aufgegriffen hätte. Da man zugeben muss, dass die Partikel cum hier causale nicht temporale ist, wie der davon abhängige Conjunctivus Perfecti lehrt[c]), so liegt das ganze Gewicht der Beweiskraft auf coeperint. Nun wird aber dieses Wort in der lateinischen Stilistik überhaupt[d]), sowie in der Sprache der Quellen[e]) häufig zur blossen Umschreibung des verbi finiti gebraucht. Es müssen daher andre Anhaltspunkte gegeben sein, wenn man diesem Worte einen so entscheidenden Sinn beilegen will. Statt dieser ergibt sich aus dem Inhalt der Stelle, dass Scävola gar keinen Anlass hatte, sich über das Alter auszusprechen; es handelte sich nur um den Umfang der Generalhypothek; darum beweist die Stelle nichts.

Wie man sich endlich für die gegnerische Ansicht auf L. 28 D. de jure fisci (49, 14.)

> Ulpianus lib. 3 Disp. — Si qui mihi obligaverat, quae habet habiturusque esset, cum fisco contraxerit, sciendum est, in re postea adquisita fiscum potiorem esse debere, Papinianum respondisse: quod et constitutum est. Praevenit enim causam pignoris fiscus.

berufen kann, ist in der That nicht abzusehn. Man mag die Stelle betrachten wie man will, so lässt sich aus ihr nichts ableiten, als ein positives Vorzugsrecht[f]). Darauf deuten die Worte: quod et constitutum est; denn wenn auch nicht gerade durch das kaiserliche Rescript dieses fiscalische Privilegium ganz neu aufgestellt wurde[g]) — es geht im Gegentheil aus unserer Stelle hervor, dass schon vor Erscheinen der Constitution Papinian das fragliche Vorzugsrecht vertreten hat — so scheint es doch einer besondern Sanktion durch die gesetzgebende Gewalt bedurft zu ha-

---

stimmt auch Rosshirt in s. angef. Ztschr. Bd. 1 S. 22 überein. Zunächst ist die Beseitigung dieses Irrthums Baumbach im civ. Arch. Bd. 4 Nr. 7 zu verdanken.

b) A. a. O. S. 205.

c) Zumpt, lat. Grammatik §§. 577—579.

d) Zumpt a. a. O. §. 753.

e) Gai. I. 59, II. 212. L. 3 Cod. de non num. pec. (4, 30).

f) Der Umfang dieses Privilegs, worüber die Ansichten auseinander gehen — vgl. Vang. P. §. 386 — ist für unsern Zweck gleichgültig.

g) Glück bemerkt in seiner Einleitung in das Studium des röm. Privatrechts §. 10 S. 67, dass überhaupt die Kaiser durch ihre Rescripte kein neues Recht einzuführen pflegten.

ben, um seine allgemeine Anerkennung zu sichern [h]). Mit einer blossen Folgerung aus unbestrittenen Rechtsprincipien hätte sich ohnediess das Rechtsbewusstsein leicht vertraut gemacht; eine singuläre Begünstigung dagegen wird gewiss so lange eine precäre Existenz gehabt haben, als sie ihren Stützpunkt nur in der Jurisprudenz fand [i]).

Diese Bemerkung gilt gegen zwei von einander wesentlich verschiedene Erklärungsversuche, welche jedoch darin übereinkommen, dass sie in unserer Stelle nur die Anwendung eines allgemeinen Grundsatzes finden. Auf der einen Seite hat nämlich Donellus mit mehreren Anhängern den Contrakt zwischen dem Pfandschuldner und dem Fiskus für älter erklärt als die Generalhypothek des Privaten, und daraus einen directen Beleg für die Azo'sche Meinung entnommen. Indess widerstreitet allen Regeln der Grammatik in dem Perfectum „contraxerit" einen zeitlich frühern Act zu erblicken als in dem Plusquamperfectum „obligaverat" [k]). Andrerseits hat nach dem Vorgang älterer Juristen Huschke einen innern Unterschied zwischen den gesetzlichen und vertragsmässigen Generalhypotheken nach-

---

h) Diese Erscheinung treffen wir auch bei dem gesetzlichen Pfandrecht des Fiskus am Vermögen seines Contraktschuldners. Die Constitution Caracalla's vom J. 215 in L. 2 Cod. in quib. caus. pign. (8, 15): Certum est ejus, qui cum fisco contrahit, bona veluti pignoris titulo obligari, quamvis specialiter id non exprimatur — weist unverkennbar auf einen schon vorhandenen Satz hin.

i) Es ist nicht zu bezweifeln, dass auch manche fiscalische Privilegien ursprünglich nicht auf positiver Bestimmung fussten, sondern zunächst namentlich in der Imperatorenzeit durch eine von der allgemeinen Zeitrichtung allzusehr ergriffenen Jurisprudenz in einzelnen Fällen aufgestellt wurden, freilich mit einer oft mehr scheinbaren als wirklichen rationellen Begründung. Solche Sätze sind bei Andern wieder auf Opposition gestossen, deren Beseitigung dann häufig der Zweck einer kaiserlichen Constitution war.

k) Die Emendation von Fornerius select. lib. II. cap. 24 (Otto thesaur. II. p. 74), das „cum" im Satze „cum fisco contraxerit" zu verdoppeln, ist weder gerechtfertigt noch behelflich. Der Vorschlag Riedel's in der Giessn. Ztschr. N. F. Bd. 13 S. 286, obligaverat in obligaverit und contraxerit in contraxerat zu verändern, entbehrt jedes äusseren Anhalts, hat die logische Aneinanderreihung der Gedanken, wonach das zeitlich Frühere auch früher erwähnt oder im entgegengesetzten Fall durch eine besondere Partikel hervorgehoben zu werden pflegt, sowie den Zusammenhang unserer Stelle im Ulpianischen Werke gegen sich: nach diesem ist in L. 28 cit. eine Ausnahme von der Regel: prior tempore potior jure zu erwarten. Vgl. hierüber den Text auf S. 76 u. 90.

zuweisen versucht; er soll darin bestehn, dass bei den ersteren das Pfandrecht nicht an den einzelnen Sachen, omnes res, sondern an der universitas bonorum d. h. an der vermögensrechtlichen Persönlichkeit und Erwerbsfähigkeit des Schuldners haftet, dass also durch dieses Pfandrecht die neu erworbene Sache schon im Augenblick des Erwerbens [l]), durch das conventionelle dagegen erst mit vollendetem Erwerb ergriffen wird. Folgerecht ist an allen Sachen, welche erst nach der Entstehung der beiden Generalhypotheken ins schuldnerische Vermögen traten, das gesetzliche Pfandrecht älter als das vertragsmässige, wenn auch letztere Generalhypothek an sich früher begründet worden ist.

Ich glaube nun allerdings, dass eine ähnliche Anschauung dem Schlusssatze in unserer Stelle: praevenit enim causam pignoris fiscus zu Grunde liegt. Aber ich erblicke darin nicht die Anerkennung eines allgemeinen Princips, sondern nur ein Mittel zur Rechtfertigung, richtiger zur Beschönigung des anstössigen fiscalischen Vorrechts; etwas Besseres liess sich am Ende hiefür nicht anführen [m]). Um dagegen aus jenem Satz einen

---

l) Wie schon oben §. 22 Note f bemerkt, beschränkt Bachofen dieses Merkmale auf das fiscalische Generalpfandrecht.

m) Aehnlich begründet Paulus ein anderes fiscalisches Vorrecht. Eine Oratio des Kaisers L. Septimius Severus aus dem Jahr 195 verbot den Vormündern die eigenmächtige Veräusserung von praedia rustica und suburbana, und knüpfte insbesondere auch die Verpfändung solcher Mündelgrundstücke an die Einwilligung des Praetor Urbanus L. 1 D. de reb. eor., qui sub tut. (27, 9). Wenn daher ein Minderjähriger ein Grundstück mit der Bestimmung kauft, dass dem Verkäufer für den creditirten Kaufpreiss die erworbene Sache verpfändet sein soll, so ist dieses Pfandrecht nicht gültig; es würde erst nach dem Eigenthumserwerb des Minor entstehn, aber von diesem Moment an tritt die Beschränkung des Senatusconsults in Kraft. So entscheidet auch Ulpian in L. 1 §. 4 D. eod. Im Anschluss hieran sagt Paulus L. 2 D. eod: Sed hic videtur illud movere, quod cum dominio pignus quaesitum est, et ab initio obligatio inhaesit. Quod si a fisco emerit, nec dubitatio est, quin jus pignoris salvum sit. Si igitur talisspecies in privato venditore inciderit, Imperiali beneficio opus est, ut (ex) Rescripto pignus confirmetur. Paulus verwirft im Allgemeinen den angegebenen Gesichtspunkt, dass die Sache im Grunde schon mit dem Pfandrechte beschwert dem Minderjährigen überkomme, und lässt ihn nur für den Fall gelten, da der Minderjährige vom Fiskus kauft. Darum bedarf in diesem Fall das für den creditirten Kaufpreiss bestellte Pfandrecht zu seiner Gültigkeit der Bestätigung des Prätor nicht, die in allen sonstigen Fällen nothwendig ist.

generellen Gesichtspunkt der römischen Jurisprudenz abzuleiten, müssten noch unzweideutigere Quellenzeugnisse zur Seite stehn; L. 2 D. de reb. eor. qui sub tut. (27, 9) ist nicht genügend, da auch sie nur vom Fiskus handelt.

Abgesehn von diesen über den Wortlaut hinausgreifenden Erklärungen hat man innerhalb der wörtlichen Auslegung in der citirten Stelle eine Bestätigung der Ansicht der Glosse finden wollen. Puchta [n]) will aus dem Wort praevenire folgern, dass abgesehn von dem besondern Privilegium des fiscalischen Pfandrechts beide Hypotheken gleichzeitig sein würden; diess ist aber willkürlich und durch den ganz ähnlichen Ausdruck in L. 2 Cod. de priv. fisci (7, 73) [o]) widerlegt. Huschke [p]) argumentirt so: Der Jurist erkennt dem Fiskus nicht überhaupt ein Vorzugsrecht vor jedem Pfandrecht eines Privaten, sondern nur in Beziehung auf res postea adquisitae zu, weil zu der Zeit, wo das Privatpfandrecht hieran entsteht, d. h. zur Zeit des vollendeten Erwerbs das fiscalische Recht bereits begründet ist. Es geht also hieraus hervor, dass Privatpfandrechte erst mit dem Erwerb zur Existenz gelangen; wenn also mehrere derselben vor dem Erwerb bestellt wurden, so entstehen alle im selben Moment.

Hiegegen muss wiederholt werden, dass die Vertheidiger der Azo'schen Meinung keineswegs sagen, die Pfandrechte der letztern Art entstünden mit der Bestellung; vielmehr behaupten sie, dass jedes andere, vor dem Erwerb existent gewordene Pfandrecht den letzteren erst mit diesem Ereigniss

---

n) Vorl. I. Beil. XIX. Riedel a. a. O. bemerkt richtig, dass die Worte: praevenit enim causam pignoris, wenn man praevenire gleichbedeutend mit praeferri nimmt, in der That den vorausgehenden Satz: fiscum potiorem esse, nicht erklären, was sie doch sollen, sondern nur wiederholen. Derselbe Schriftsteller weist darauf hin, dass praevenire in der bildlichen Bedeutung nur höchst selten vorkommt.

o) In dieser Stelle ist mit klaren Worten gesagt, dass das Pfandrecht des Fiskus früher entstanden ist, und darum allein wird ihm der Vorrang eingeräumt. Von einem singulären Vorzug ist hier überall keine Rede. Daher irren diejenigen, welche (auch Riedel thut diess) in dieser Stelle die Constitution erblicken, auf welche Ulpian in L. 28 cit. Bezug nimmt. Doch darf man sich hiegegen nicht mit Glück Comm. Bd. 19 S. 261 darauf berufen, dass Papinian beim Erscheinen dieses kaiserlichen Rescripts — a. 214 richtiger 213 — schon todt gewesen sei; er wurde bekanntlich 212 ermordet. Denn nach der Darstellung Ulpians dürfte Papinian schwerlich seinen Ausspruch aus der Constitution hergeleitet haben.

p) A. a. O. S. 204.

entstehenden vorgehe; als ein solches früher entstandenes Recht erscheint nach der Ulpianischen Fiction auch das fiscalische. Damit schliesst aber der Jurist keineswegs aus, dass unter den mit dem Erwerb entstehenden eine Rangordnung nach der Zeit der Bestellung eintrete.

Hiebei kann ich eine Hypothese nicht unterdrücken, die für die Richtigkeit der diesseitigen Ansicht sprechend sich an Stichhaltigkeit wenigstens mit den von den Gegnern aufgestellten messen mag. Unsere L. 28 cit. ist aus demselben Buch der Ulpianischen Disputation entnommen, wie die oben (§. 25.) betrachteten L. 5 u. 7 D. qui pot. In diesen Stellen nun wird für den Satz, dass zuweilen ein jüngerer Pfandgläubiger vor dem älteren den Vorzug habe, eine Anzahl Beispiele angeführt. Wenn sich an diese Fragmente unsere L. 28 cit. angereiht hat, so wollte aller Wahrscheinlichkeit nach der Jurist ein neues Beispiel für die behauptete Ausnahme geben; diess würde aber nur dann vollkommen quadriren, wenn abgesehn von dem in Mitte liegenden Privilegium der Conventionalpfandgläubiger der prior, der Fiskus der posterior creditor in Ansehung der nachher erworbenen Sache wäre. Wir hätten somit dasselbe Argument wie in L. 7 pr. D. cit.

§. 29.

L. 21 pr. D. qui pot. in pign.

Wenn ein Pfandgläubiger mit dem Schuldner eine Novation eingeht und sich für die neue Obligatio das erworbene Pfandrecht ausdrücklich vorbehält, so verbleibt ihm der frühere Rang seiner Hypothek, freilich nicht über den vorigen Betrag hinaus. Zum Beleg dieses Satzes, welcher in mehreren Stellen des römischen Rechts ausgesprochen wird [a]), ist wohl auch L. 21 pr. D. cit. von den Compilatoren aufgenommen worden. Es enthält aber dieses Fragment daneben eine Bestätigung der Ansicht, dass unter mehreren Pfandrechten, welche vor dem Erwerb einer Sache an ihr eingeräumt wurden, das früher begründete dem spätern vorgehe, und darum allein ist sie für unsern Zweck von Belang. Um diesen Nachweis zu führen, wird es nothwendig, die Stelle näher zu betrachten.

Scaevola lib. 27 Dig. — Titius Seiae ob summam, qua ex tutela ei condemnatus erat, obligavit pignori omnia bona sua, quae habebat quaeque habiturus esset: postea mutuatus a fisco pecuniam pignori ei

---

a) L. 11 §. 1 D. pign. act. (13, 7.) L. 3 pr. L. 12 §. 5 D. qui pot. (20, 4.) L. un. Cod. etiam ob chirogr. pec. (8, 27.)

res suas omnes obligavit, et intulit Seiae partem debiti et reliquam summam novatione facta eidem promisit, in qua obligatione similiter, ut supra, de pignore convenit. Quaesitum est, an Seia praeferenda sit fisco et in illis rebus, quas Titius tempore prioris obligationis habuit: item et in his rebus, quas post priorem obligationem adquisiit, donec universum debitum suum consequatur? Respondit, nihil proponi, cur non sit praeferenda.

Titius, der der Seia zur Bezahlung einer aus der Vormundschaftsführung herrührenden Schuld gerichtlich verurtheilt ist, verpfändet ihr dafür sein gesammtes gegenwärtiges und zukünftiges Vermögen. Später macht er vom Fiskus ein Anlehen und bestellt ihm ein Unterpfand an „rebus suis omnibus“. Hierauf trägt er einen Theil seiner Schuld an die Seia ab, geht mit ihr wegen des Rests eine Novation ein und verpfändet dafür sein Vermögen wie das Erstemal. Es wird an Scaevola die doppelte Frage gestellt:

1) ob Seia als Hypothekgläubigerin in Ansehung derjenigen Sachen vor dem Fiskus den Vorrang habe, welche Titius zur Zeit des frühern Contrakts d. h. als die Novation noch nicht Statt gefunden hatte [b]), besass?

2) ob auch rücksichtlich derjenigen Sachen, welche von ihm erst nach der Novation erworben wurden [c]).

Scaevola bejaht beide Fragen, während er doch, wenn die Ansicht der Gegner richtig wäre, die zweite dahin beantworten musste, dass die Seia und der Fiskus zu gleichen Rechten concurrirten. Man sucht dieses

---

b) So scheinen mir die Worte „tempore prioris obligationis“ gedeutet werden zu müssen. Prior obligatio ist die technische Bezeichnung für die durch die Novation aufgehobene Obligatio. L. 1 pr. L. 8 §. 2. L. 25 D. de novat. (46, 2) L. 8 Cod. h. t. (8, 42), während die neue posterior heisst L. 32 D. eod. Obligatio steht ferner hier in dem Sinn von Obligationsverhältniss, nicht Obligationsact; denn zwischen denjenigen Sachen, welche der Pfandschuldner zur Zeit der ersten Verpfändung schon besass, und denjenigen, welche er nach diesem Momente bis zum Contrakt mit dem Fiskus erwarb, kann in der rechtlichen Beurtheilung kein Unterschied sein. Die Frage wäre mindestens sehr schlecht gestellt.

c) Nach dieser Auffassung bekommt unsere Stelle neben den oben (Not. a) citirten Fragmenten eine besondere Bedeutung. Dass das Pfandrecht, welches bei einer Novation vorbehalten wurde, mit dem begründeten Vorrang auf die neue Obligatio übergehe, ist da wie dort gesagt; ob aber auch das sich erst künftig d. h. beim künftigen Erwerb von Gütern realisirende Vorzugsrecht, ist nur in L. 21 cit. entschieden.

Argument gegnerischer Seits dadurch zu beseitigen, dass man erklärt, unter den dem Fiskus verpfändeten „res suae omnes“ seien nur die gegenwärtigen, nicht auch die zukünftigen Sachen zu verstehen; denn erst seit Justinian sei der Ausdruck „res suae omnes“ im Zweifel auch auf die zukünftigen Güter zu beziehen. — Indess stützt ja dieser Kaiser seine Vorschrift gerade darauf, dass diess die regelmässige Intention der Contrahenten sei [d]), ein klarer Beweis, dass der Ausdruck schon früher — und warum nicht schon zu Scaevola's Zeiten? — in diesem weiteren Sinn gang und gäbe war. Der Jurist bediente sich vielleicht desselben um nicht das unmittelbar vorhergehende „quae habebat quaeque habiturus esset“ wiederholen zu müssen. Hätte er in die Worte einen Gegensatz zur vorigen Verpfändungsart legen wollen, so musste er eine prägnantere Bezeichnung wählen. Diese Auslegung der Worte „res suae omnes“ wird sogar nothwendig, weil sonst die Frage: an Seia fisco item in his rebus, quas post priorem obligationem adquisiit, praeferenda sit? ebenso ungeräumt wäre, wie die Antwort des Juristen; der Letztere hätte, wie an einem andern Ort Papinian [e]) sagen müssen: Seia in his rebus non tam potior, quam sola invenitur.

Bei dieser Auslegung der L. 21 pr. cit. bleibt nur ein Bedenken: wie dieselbe mit der im vorigen §. betrachteten L. 28 D. de jur. fisc. in Einklang zu bringen sei; nach letzterer Stelle soll der Fiskus in Ansehung der von seinem Contraktschuldner später erworbenen Güter einem andern Generalpfandgläubiger vorgehn, wenn auch des Letzteren Hypothek früher bestellt wurde.

Bei der Wahl, entweder dem Juristen eine ganz unpassende Darstellungsweise unterzulegen oder eine auf einem Versehn der Compilatoren beruhende Antinomie anzunehmen, scheint das Letztere der bei Weitem weniger bedenkliche Ausweg zu sein. Es lässt sich dieses Versehen daraus erklären, dass die Compilatoren an der L. 21 pr. cit. nur die Wirkung der Novation auf die Priorität des Pfandrechts darthun wollten, worüber ihnen die Nichtberücksichtigung des fiscalischen Privilegium entging. Ein Widerspruch liegt aber nur für das Justinianische Recht vor [f]); denn es ist gar nicht unwahrscheinlich, dass zu Scävola's Zeiten der Rechtssatz, welcher dem Fiskus das gedachte Vorrecht zuspricht, entweder nicht existirte oder noch so unsicher war, dass dieser Jurist ihn ganz ignoriren durfte, wenn er ihm nicht gerade durch

d) L. 9 Cod. quae res pignori (8, 17) — cum sit justum, voluntatem contrahentium magis quam verborum conceptionem inspicere.

e) L. 2 D. qui pot. (20, 4).

f) Auch die Erklärung der Gegner lässt einen solchen Widerspruch übrig, nämlich mit der Note d citirten L. 9 Cod. quae res pign.

den in Rede stehenden Ausspruch die Berechtigung absprechen wollte. Hat ja selbst nach Papinian noch, dessen Lehrer bekanntlich Scävola war, ein Kaiser sich vermüssigt gesehen, durch eine Constitution die Gültigkeit dieses Rechtssatzes ausser Zweifel zu setzen.

Diesen Misslichkeiten würde man freilich mit der Huschke'schen Ansicht über die eigenthümliche Natur der gesetzlichen Generalhypotheken (vgl. den vor. §.) entgehn, wenn nur in unserer Stelle überall von gesetzlichen Hypotheken die Rede wäre. Der Jurist hebt wiederholt hervor, dass die Pfandrechte vertragsmässig bestellt wurden, und wenn man auch annehmen dürfte, dass bisweilen derjenige Gläubiger, welchem eine Legalhypothek zustund, vorsorglich noch einen besondern Pfandvertrag einging, so musste doch der erstere Charakter irgendwie angedeutet und durfte wenigstens die Pfandconvention nicht so markirt werden, wenn auf jenem Moment der Schwerpunkt der Entscheidung ruhen sollte. Dass zu Scävola's Zeiten sowohl das gesetzliche Pfandrecht des Fiskus am Vermögen seiner Contraktsschuldner als das der Pupillen am ganzen Vermögen ihrer Vormünder als unzweifelhafter Rechtssatz bestand, ist weder durch L. 10 pr. de pact. (2, 14) noch durch L. 10 D. in quib. caus. (20, 2) erwiesen. Dann möchte ich noch Folgendes gegen Huschke erinnern. Er sagt, der dem Fiskus in L. 28 D. de jur. fisc. zuerkannte Vorzug in re postea adquisita cessire gegenüber einem andern allgemeinen gesetzlichen Pfandrecht; also sollte man meinen, trete zwischen ihnen wieder die Regel für das Rangverhältniss mehrerer an noch nicht erworbenen Sachen bestellter Pfandrechte ein, welche nach H. auf Gleichberechtigung geht; denn wenn ich ihn recht verstehe, so entstehn nach seiner Ansicht beide Pfandrechte zwar schon vor dem vollendeten Erwerb — zum Unterschied von den vertragsmässigen Generalhypotheken — aber doch in einem und demselbeu Moment, nämlich im Moment des Erwerbens. Nichts destoweniger sollen nach Massgabe von L. 21 cit. mehrere gesetzliche Generalhypotheken an später erworbenen Sachen nach der Zeitfolge rangiren; H. sucht dies aus der Natur des Pfandobjects als „universitas bonorum" zu erklären, während gerade in L. 21 cit. nur von „omnes res" und „omnia bona" die Rede ist.

§. 22.

L. 9 §. 3 D. qui pot. in pign.

Aus der vielbesprochenen L. 9 §. 3 D. qui pot., die zur Zeit noch einer allseits befriedigenden Erklärung entgegensieht [a]), kann so viel als

a) Ausführliche Nachweise über die Literatur bei Vangerow, Pand. §. 372

unstreitig entnommen werden, dass die Pfandrechte, welche Jemand als Nichteigenthümer bestellt, nach dem Erwerb der Sache nicht zu gleichem Rechte concurriren, sondern dass das früher eingeräumte auf vorgängige Befriedigurg Anspruch hat. Mithin wirkt der Grundsatz: prior tempore potior jure auch bezüglich derjenigen Pfandrechte, welche vor dem Erwerb bestellt wurden, und die zeitliche Verschiedenheit der Verpfändung wird durch den Erwerb der Sache nicht ganz und gar verwischt, sondern macht sich in dem Vorzug des aus der frühern Constituirung herrührenden Pfandrechts gegenüber den andern geltend. Hier wird nun von den Gegnern mit vielem Nachdruck hervorgehoben, dass es sich in L. 9 §. 3 cit. weder um die Verpfändung einer res debita, noch um eine generelle Pfandbestellung oder eine specielle unter der Bedingung: si in dominium meum pervenerit, handle; sie räumen daher ein, dass die Rangordnung nach der Zeitfolge bei denjenigen Pfandrechten eintrete, welche an einer dem Schuldner ganz fremden Sache ohne den ausdrücklichen oder stillschweigenden Beisatz des künftigen Erwerbs begründet wurden. Allein es ist kein triftiger Grund abzusehn, der eine verschiedene rechtliche Beurtheilung des Prioritätsverhältnisses hier und dort motivirte. Wenn man sagt, dass die Convalescenz eines in der letzteren Weise bestellten Pfandrechts auf der Billigkeit beruhe, so wurzelt ja die Gültigwerdung einer jeden Verpfändung von Sachen, welche dem Pfandgeber noch nicht gehören, in diesem Boden. Denn die formula hypothecaria hatte in ihrer regelmässigen Gestalt das „res in bonis tempore conventionis fuisse“ zur Bedingung [b]); es bedurfte daher der Pfandgläubiger, der diese Voraussetzung nicht erweisen konnte, zum wirksamen Gebrauch der Klage einer besondern Hilfe, sei es durch Er-

---

Anm. 2 c. Auch die Interpretation, welche jetzt Windscheid Giess. Ztschr. N. F. Bd. 3 Nr. 10 gibt, lässt das Bedenken übrig, dass nach ihr jede, nicht blos die nachgehende Verpfändung einer fremden Sache durch die Wiederveräusserung der Sache von Seite des Pfandbestellers an eine Person, die von der Verpfändung keine Kenntniss hat, kraftlos werden müsste, während doch nach der Darstellung Afrikan's das Pfandrecht des Titius trotz der in Mitte liegenden Uebergabe des Grundstücks an den Ehemann ein vollgültiges gewesen zu sein scheint. Dasselbe gilt auch gegen Huschke Giess. Ztschr. Bd. 20 S. 240 ff., dessen Erklärung im Grunde darauf hinausgeht, dass der Prätor es unbillig gefunden habe, dass das Pfandrecht gegen Jemanden entstehe, welcher nicht verpfändet hatte. Billigkeit wie Unbilligkeit sind gegenüber dem dritten gutgläubigen Besitzer bezüglich der erstern wie einer weitern Verpfändung dieselben.

b) L. 15 §. 1 D. pign. (20, 1).

theilung einer utilis actio oder durch eine justa interpretatio[c]); in beiderlei Weise pflegte nur aus Gründen der Aequität geholfen zu werden. Auf diese innere Verwandtschaft deutet auch die Zusammenstellung der Verpfändungen von omnes res, quas habet habiturusque est, mit der von res debitae und res alienae schlechthin in L. 1 pr. D. pign. Eine Verschiedenheit zwischen der letztern Art, res postea adquirendae zu verpfänden und der andern besteht nur in Hinsicht auf die Erstarkung des Rechts gegenüber einem Eigenthümer, der die Sache nach dem Verpfänder erwirbt, nicht gegenüber diesem selbst.

§. 31.

Adminiculirende Beweisstellen.

Die Anhänger der Azo'schen Meinung pflegen gemeinhin noch eine Anzahl anderer Stellen anzuführen, von denen jedoch, wie man den Gegnern zugeben muss, jede für sich allein betrachtet ein bündiges Argument nicht liefert; in ihrer Gesammtheit hingegen unterstützen sie wenigstens jene Ansicht. Dahin gehört namentlich L. 6 §. 2 Cod. de sec. nupt. (5, 9)[a]). Die Kaiser Leo und Anthemius verfügen darin, dass den Kindern aus einer frühern Ehe bei Wiederverheirathung der überlebenden Mutter an deren gegenwärtigem und zukünftigem Vermögen wegen der den Kindern eigenthümlich zufallenden lucra nuptialia ein gesetzliches Pfandrecht zustehn, und dass es so angesehn werden soll, als sei dasselbe schon an dem Tage entstanden, wo die mater binuba die lucra nuptialia erwarb. Ich habe schon oben (§. 10 b.) hervorgehoben, dass diese Prioritätsbestimmung durchaus keine Ausnahmsvorschrift, sondern nur die Consequenz der rechtlichen Anschauung ist, dass die lucra nuptialia von Vorneherein von jedem

---

c) Arg. L. 17 D. de pecun. constit. (13, 5) — aequum est, succurri reo aut exceptione aut justa interpretatione.

a) Omnibus videlicet iisdem maritalibus facultatibus, his etiam quae habet habiturave est, tanquam si jure pignoris vel hypothecae suppositae sint, super eadem ante nuptias donatione vel rebus aliis ad eam ex mariti substantia devolutis ex eo die, quo eaedem res ad eam pervenerint, liberis obligatis; ut si quis post traditas matri vel detentas ab ea res (si ita contigerit) contractum aliquem cum eadem muliere inierit, in vindicandis iisdem suppositis rebus posteriores habeantur, liberis, qui eo eodem matrimonio procreati sunt, et nepotibus neptibusque, qui ex iisdem liberis geniti sunt, sine dubio praeponendis.

Ehegatten unter der bei ihrem Eintritt rückzuziehenden Resolutivbedingung der Eingehung einer weitern Ehe erworben werden. Darum darf man die Beweiskraft dieser Stelle nicht mit dem Einwande beseitigen wollen, es handle sich hier um einen singulären Vorzug.

Ebenso entschieden ist der Versuch abzuweisen, die in der Stelle ausgesprochene Priorität auf diejenigen Güter beschränken zu wollen, welche die Mutter zur Zeit der zweiten Heirath besitzt, so dass in Ansehung der nachher erworbenen Sachen ein anderer Generalpfandgläubiger, dessen Recht erst nach dem Erwerb der lucra nuptialia, vielleicht erst nach Abschluss der weitern Ehe begründet wurde, mit den Kindern concurrirte [b]. Schon nach den Regeln der Grammatik sind die Worte: ex eo die ..... liberis obligatis, gleichmässig auf die ausdrücklich genannten bona, quae habitura est, zu beziehn; und überdiess ergibt der ganze Inhalt der Stelle, dass die Kaiser den Kindern ein Vorzugsrecht einräumen wollten, welches sie gegen alle nach dem Erwerb der lucra nuptialia von der Frau getroffenen Verfügungen sicher stellen sollte; die spätere Pfandconvention, welche gleichfalls die bona futura der Frau umfasst, wird zwar nicht ausdrücklich erwähnt, aber auch nicht ausgeschlossen; vielmehr darf man annehmen, dass die Kaiser eine allenfallsige Ausnahme von dem allgemein hingestellten Vorzugsrecht der Kinder besonders hervorgehoben haben würden.

Aehnliches ist von L. 8 §. 5 Cod. eodem in Verbindung mit L. 6 §. 4 Cod. de bon. quae lib. (6, 61), ferner von L. 11 Cod. de pact. conv. tam sup. dote (5, 14) und Nov. 109 cap. 1 zu sagen. In allen diesen Stellen wird ohne Unterscheidung zwischen gegenwärtigem und zukünftigem Vermögen der Beginn der Generalhypothek an einen vom Erwerb der Güter durch den Pfandschuldner unabhängigen Moment geknüpft.

Dagegen ist allerdings der von Vermehren [c] aus L. ult. Cod. de remiss. pign. (8, 26) gezogene Schluss zu gewagt; derselbe argumentirt so. Es war unter den römischen Juristen Streit, ob eine Sache, welche vermöge eines Generalpfands am gegenwärtigen und zukünftigen Vermögen des Schuldners einem Gläubiger verhaftet war, aber mit dessen Einwilligung von jenem veräussert wurde, wiederholt unter das Generalpfand falle, wenn der Schuldner die Sache später wieder erwirbt. Justinian habe bei Entscheidung dieser Controverse weder die unbedingt bejahende noch die unbedingt verneinende Ansicht gebilligt, vielmehr einen

---

b) So z. B. Hepp in Rosshirt's Ztschr. Bd. 1 S. 372.

c) Archiv für civil. Prax. Bd. 13 S. 29—33.

Mittelweg eingeschlagen, wonach die wiedererworbene Sache von Neuem vom Pfandnexus ergriffen werden soll, aber mit Datirung der Hypothek nicht vom Tage der Bestellung des Generalpfands, sondern vom Wiedererwerb an. Aus dieser Ausnahmsbestimmung gehe nun die Regel hervor, dass bei einem Generalpfand die res futurae von der Pfandübereinkunft an verpfändet gelten sollen. — Allein selbst angenommen, es habe Justinian in der behaupteten Weise entschieden, so ist die Folgerung auf die angeführte Regel keineswegs bündig; es wäre möglich, dass der Kaiser nur der Meinung habe entgegentreten wollen, als greife hier der Grundsatz, rem succedere in suum locum, Platz. Es ist aber ferner sogar unwahrscheinlich, dass Justinian für jene Streitfrage eine Mittelansicht aufgestellt habe. Vermehren folgert diess aus dem Worte „autem" in dem Satz: nobis autem visum est, und aus der beigefügten Bemerkung: utpote ab initio ei suppositam. Allein wir dürfen nicht übersehn, dass wir es hier mit einem Gesetze des Kaisers Justinian zu thun haben, dessen Ausdrucksweise keineswegs so präcise ist, dass man jedem Wort eine prägnante Bedeutung unterlegen darf. In „autem" erblicke ich nur einen Anstrich von Wichtigkeit, die sich dieser Kaiser in seinen Gesetzeserlassen zu geben liebt [d]); es wird dasselbe durch das nachfolgende „semel", durch die Worte „jus suum respuere", insbesondere durch den Satz „indignum . . . . tenentem inquietare" hinreichend aufgewogen. Vermehren ist, ohne eine Rechtfertigung aus dem Wortlaut oder dem Zusammenhang gezwungen, unter dem tenens nur einen seit der Veräusserung bis zum Wiedererwerb entstandenen neuen Pfandgläubiger zu verstehn. —

§. 32.

Specieller Beweis.

A. Für die Verpfändung einer res debita.

Zum Beweis, dass alle an einer res debita bestellten Pfandrechte in einem nach der Zeit der Constituirung sich bestimmenden Rangverhältniss stehn, pflegen sich die Vertheidiger dieser Ansicht fast durchgängig auf L. 3 §. 1 D. qui pot. (20, 4) zu berufen, welche Stelle lautet:

Papinian. lib. 11 Resp. — Cum ex causa mandati praedium Titio, cui negotium fuerat gestum, deberetur, priusquam ei possessio traderetur, id pignori dedit, post traditam possessionem idem praedium denuo alii

d) Man beachte nur den Bombast, mit welchem Justinian anderwärts eine neue Bestimmung einzuführen pflegt.

pignori dedit: prioris causam esse potiorem apparuit, si non creditor secundus pretium ei, qui negotium gesserat, solvisset. Verum in ea quantitate, quam solvisset, ejusque usuris potiorem fore constaret, nisi forte prior pecuniam offerat. Quodsi debitor aliunde pecuniam solvisset, priorem praeferendum.

Näher zugesehn enthält dieses Fragment einen solchen Beweis nicht. Zwar kann man denjenigen nicht beipflichten, welche sich dieser Stelle dadurch zu erwehren suchen, dass sie sagen, die zweite Pfandbestellung habe post traditam possessionem d. h. nach erfolgtem Eigenthumsübergang Statt gefunden [a]). Denn es ist keineswegs ausgemacht, dass mit der Uebergabe des Besitzes auch Eigenthum übergegangen sei. Vielmehr ist im höchsten Grade wahrscheinlich, dass wie bei der Tradition der Sache von dem Verkäufer an den Käufer, auch in dem hier gegebenen Fall die Tradition jene Wirkung nur in Verbindung mit der Bezahlung oder Creditirung des Kaufpreises hat [b]). Ja es lässt sich sogar nachweisen, dass in unserer Stelle der Eigenthumserwerb mit der Besitzübergabe gar nicht eingetreten sein kann.

Papinian will offenbar einen Fall vorführen, wo einem späteren Pfandgläubiger der Vorrang vor einem älteren zukommt, weil er zur Anschaffung der Sache Geld dargeliehen hat [c]); es ruht dieses Privilegium auf dem Rechtsprincip: quia pecunia sua salvam fecit totius pignoris cau-

---

a) Soviel geben wohl Alle zu, dass Titius durch den Erwerb der Sache von Seite seines Procurator nicht unmittelbar Eigenthümer geworden war. Es ist diess in unserer Stelle, wie in L. 59 D. de acq. rer. dom. (41, 1) und L. 2 Cod. de his, qui a non dom. manum. (7, 10), so zu erklären, dass das ertheilte Mandat dahin ging, der Procurator solle die Sache kaufen und dann auf den Mandanten übertragen. Vgl. Savigny, Besitz §. 25, Vangerow, P. §. 205 Anm.

b) L. 19 §. 3 D. contrah. emt. (18, 1.) L. 5 §. 18 D. act. tribut. (14, 4.) §. 41 Inst. de R. D. (2, 1).

c) Diess ist die Ansicht der meisten Ausleger: Mühlenbruch, Pand. §. 320 Not. 16. Vangerow, P. §. 386 Anm. I. 3. Puchta, P. §. 211 Not. e. Arndts, P. §. 385 Not. e. Brinz, P. S. 243 Ziff. 3. Wächter im civil. Arch. Bd. 14 S. 367. Nur Sintenis, Handb. des Pfandr. S. 625 Not. 3 erblickt hierin einen Fall der hypothekarischen Succession; zu diesem Ende muss er aber zu der schon von der Glosse verworfenen und in der Stelle selbst mit keiner Silbe angedeuteten Supposition seine Zuflucht nehmen, dass der Procurator sich für den creditirten Kaufpreis ein Pfandrecht habe bestellen lassen.

sam creditor d). Diess kann aber nur dann gesagt werden, wenn dieser Gläubiger vor dem Eigenthumserwerb das Geld dargeliehen oder wenn erst durch die Befriedigung des Verkäufers oder Procurators mit dem Geld des Gläubigers das Eigenthum auf den Käufer oder Mandanten überging. Also liegt diese Voraussetzung auch dem Papinianischen Fall zu Grunde. Hieraus folgt aber im Zusammenhalt mit dem andern zweifellosen Rechtssatz, dass dem Pfandrecht wegen versio in rem der angegebene Vorzug nur dann zukommt, wenn dasselbe gleich bei Contrahirung der Schuld zwischen dem Darlehnsgläubiger und dem Schuldner ausbedungen und bestellt wurde e), weiter, dass die zweite Verpfändung zu einer Zeit Statt fand, wo die Sache für den Verpfänder noch res debita war.

Gegen die weitere Folgerung aber, dass aus unserer Stelle die behauptete Rangordnung beim Zusammentreffen mehrerer an einer geschuldeten Sache begründeter Pfandrechte hervorgehe, weil Papinian in Ermanglung eines singulären Vorzugsgrunds das später bestellte Pfandrecht dem früheren nachgehn lasse, macht sich ein doppeltes Bedenken geltend.

Erstens ist im geschriebenen Recht zwar nicht ausdrücklich ausgesprochen, jedoch mehr als wahrscheinlich, dass die nachträgliche Bezahlung des Kaufpreises die gesetzliche Eigenthumssuspension rückwärts aufhebe, so dass es nunmehr so angesehn wird, als sei schon mit der Tradition Eigenthum übergegangen f). Hat nun aber Papinian diese Ansicht getheilt, so fällt allerdings mittelst dieser Fiktion die zweite Verpfändung in

---

d) L. 6 pr. D. qui pot. (20, 4).

e) L. 7 Cod. qui pot. (8, 18) — eum, cujus pecunia praedium comparatum probatur, quod ei pignori esse specialiter obligatum statim convenit. Vgl. Connan. comment. jur. civ. L. IV. cap. 17 fol. 316. Glück, Comm. Bd. 19 S. 305. Sintenis, Handb. S. 627 Not. 3. Vangerow, P. §. 386 Anm. I. 3. Vielleicht ging die römische Jurisprudenz von der Anschauung aus, dass ein solches Privilegium sich nur unter der Voraussetzung rechtfertigen lasse, wenn die Pfandbestellung gleichsam zur Vorbedingung des Darlehns gemacht worden, mithin dieselbe das indirecte Mittel zum Erwerb der Sache war.

f) Wenn der Eigenthumsvorbehalt nicht auf gesetzlicher Vorschrift, sondern auf Parteiübereinkunft beruhen würde, wäre Niemand im Zweifel, der Zahlung rückwirkende Kraft beizulegen. Trotzdem nun, dass das Gesetz durch Aufstellung jenes Rechtssatzes nur der regelmässigen Absicht der Parteien entsprechen wollte, soll die Wirkung jetzt eine andere sein? Diess zur Ergänzung des oben (S. 83) über die Wirkung der erfüllten conditio juris Gesagten.

unserer Stelle in eine Zeit, wo der Pfandschuldner schon Eigenthümer der Sache war.

Zweitens. Wenn auch durch die Besitzübergabe auf den Mandanten Eigenthum nicht überging, so wurde er doch Usucapionsbesitzer [g]). Auf mehrere von demselben Usucapionsbesitzer bestellte Pfandrechte findet wieder die Regel: prior tempore potior jure Anwendung [h]).

Wir müssen daher, da die Richtigkeit der oben gegebenen Auslegung mindestens zweifelhaft ist, diese Stelle als Beweisgrund fallen lassen.

Unter diesen Umständen wird es doppelt wichtig, andre Gründe aufzusuchen, welche der hier vertretenen Ansicht zur Seite stehn. An solchen fehlt es allerdings nicht.

Ein Argument liegt vor Allem in der formula hypothecaria. Unverkennbaren Spuren zufolge [i]) enthielt sie die Bedingung: rem tempore conventionis in bonis debitoris fuisse. Unter die bona zählten auch diejenigen Sachen, auf welche dem Vermögensinhaber eine persönliche Klage zustand [k]). Freilich darf man hieraus nicht folgern, dass schon zu der Zeit, da die Sache dem Verpfänder noch geschuldet wurde, der Pfandgläubiger sie mit der actio hypothecaria verfolgen konnte; auf ein persönliches Recht kann nie ein dinglicher Anspruch gegründet werden. Aber nach Leistung der Sache von dem persönlichen Schuldner an seinen Gläubiger, den Pfandbesteller, hat derjenige Pfandgläubiger, welchen die Sache als res debita zuerst verpfändet wurde, mit der Replik:

aut si A° A^io ante res pignori hypothecaeve nomine obligata est,

über jeden Pfandgläubiger obgesiegt, welchem an der Sache wenn auch vor ihrer Leistung aber später als jenem ein Pfandrecht bestellt wurde; jener vermochte den Beweis: rem tempore conventionis in bonis debitoris fuisse, vollständig zu liefern.

Man wendet ein, dass jede Verpfändung einer geschuldeten Sache die stillschweigende Bedingung in sich enthalte: „Die Sache soll dir verpfändet sein, wenn und von da an, wo die Sache an den Verpfänder entrichtet wird.“

g) L. 8 D. de Publ. in rem act. (6, 2).

h) L. 14 D. qui pot. (20, 4).

i) L. 3 pr. L. 15 §. 1 D. pign. (20, 1). L. 23 D. de prob. (22, 3). L. 5. 6. Cod. si alien. res pign. (8, 16).

k) L. 49 D. V. S. (50, 16) — aeque bonis adnumerabitur, etiamsi quid est in actionibus, petitionibus, persecutionibus: nam haec omnia in bonis esse videntur.

Die Richtigkeit dieses Einwands zugegeben, so folgt daraus, wie oben (§. 27) im Allgemeinen bemerkt, keineswegs, dass wenn der Gläubiger die res debita abermals verpfändet, der creditor posterior mit dem prior concurrire. Aber die Auffassung dieser Verpfändung als einer bedingten unterliegt selbst gerechten Bedenken; vielmehr verdient diejenige Ansicht den Vorzug, welche in derselben vorerst d. h. bis zur Ablieferung der Sache eine Verpfändung der Forderung erblickt [l]). Derartige stillschweigende Verpfändungen sind dem römischen Recht auch sonst nicht fremd [m]). Ja ein solches Beispiel ist unserem Fall so nahe verwandt, dass es in der That auffallend wäre, wenn hier die römischen Juristen nicht analog entschieden hätten. Wenn nämlich umgekehrt die Forderung verpfändet wurde, so soll der Pfandgläubiger auch ohne dass es ausdrücklich bedungen wurde, nach Leistung des Gegenstands an diesem ein Pfandrecht haben; es soll mit andern Worten in dem nomen d. h. dem id, quod debetur, auch die res debita verpfändet sein [n]).

Was bewog die römischen Juristen in den angeführten Fällen den Pfandnexus über den wörtlichen Inhalt des Pfandvertrags hinaus zu erstrecken? Nichts Anderes, als weil dahin der Wille der Contrahenten gemeinhin ging. Dasselbe muss wohl auch von unserm Falle behauptet werden; denn wenn man die Annahme, dass einstweilen das nomen verpfändet sei, verwirft, so ist das Recht des Gläubigers ganz in des Verpfänders Willkür gestellt; Niemand kann ihn da zwingen, die Sache anzunehmen oder auf deren Entrichtung zu klagen. Dass die Contrahenten eine so precäre Sicherheit schaffen wollten, wo eine ungleich tüchtigere so nahe lag, ist nicht vorauszusetzen. Wir müssen im Zweifel immer derjenigen Auslegung des Parteiwillens den Vorzug geben, nach welcher der beabsichtigte Zweck am Sichersten erreicht wird. Gewiss hätte ein römischer Jurist dem Einwand eines Pfandschuldners, er habe dem Gläubiger r e s d e b i t a, nicht d e b i t u m verpfändet, mit den Worten M a r c i a n's entgegnet: hae subtilitates a judicibus non admittuntur [o]).

Ist nun die hier vertheidigte Ansicht richtig, so werden die Rechte zweier Gläubiger, welchen eine geschuldete Sache zu verschiedenen Zeiten verpfändet wurde, vor Uebergabe der Sache an den Pfandbesteller durch

---

l) S i n t e n i s, Handb. d. Pfandr. S. 138 ff. P u c h t a, Vorl. I. S. 383.

m) L. 13 §. ult. D. locat. (19, 2). L. 5 §. 2 D. in quib. caus. (20, 2). L. 9 Cod. quae res pign. (8, 17).

n) L. 18 pr. D. pign. act. (13, 7). L. 13 §. 2 D. pign. (20, 1).

o) L. 8 §. 16 D. quib. mod. pign. (20, 6).

den Grundsatz regiert: prior posteriore potior est. Dass aber durch die Leistung der Sache an die Stelle dieses Rangverhältnisses nunmehr Gleichberechtigung trete, ist hier ebensowenig anzunehmen, als in dem Fall, da ein gutgläubiger Besitzer, der die Sache Mehreren nach einander verpfändet hat, dieselbe nachträglich zum Eigenthum erwirbt. Aus gleichem Grunde muss man eine Veränderung in der gegenseitigen Stellung der Pfandgläubiger in Abrede stellen, wenn sich das ihnen ausdrücklich an der Forderung bestellte Pfandrecht in ein Pfandrecht an der Sache verwandelt. Und insofern beim Afterpfand nach der richtigeren Ansicht eine ähnliche Ueberpflanzung angenommen wird[p]), gilt hievon dasselbe. Hat dagegen der Schuldner im verpfändeten nomen an der Sache vor deren Leistung, wenn auch später als der Forderungsberechtigte, Pfandrechte bestellt, so haben diese, weil vom damaligen Eigenthümer ausgegangen, den Vorrang. Dieser Satz, welcher mit Nothwendigkeit aus dem doppelten Rechtsprincipe folgt, dass bestehende Rechte durch entstehende nicht beeinträchtigt werden können, und dass die Sache auf den Erwerber mit allen Lasten übergehe, wird noch überdiess durch eine Stelle des römischen Rechts bestätigt[q]). Damit steht auch das von uns aufgestellte Princip über die Priorität der an künftig zu erwerbenden Sachen bestellten Pfandrechte vollkommen in Einklang.

§. 33.

B. Für die Verpfändung der fructus futuri.

Insofern die Früchte nur als omnis causa der Pfandklage in Betracht kommen[a]), bilden sie keinen selbstständigen Gegenstand des Pfandrechts,

---

p) Es fusst diese Ansicht auf der vielbestrittenen L. 13. §. 2. D. pign., die Brinz Pand. S. 324 damit richtig erklärt, dass Marcian die Entscheidung des Pomponius als Vorbild für die Lösung der verwandten Frage beim subpiguns anführe.

q) L. 35. §. 1. D. de donat. (39, 5): Lucius Titius fundum Maeviae donavit et ante traditionem eundem fundum post die paucos Seio pignori obligavit, et intra dies triginta Maeviam in vacuam possessionem ejusdem fundi induxit. Quaero: an donatio perfecta sit? Respondit: secundum ea, quae proponerentur, perfectam: verum creditorem firmam pignoris obligationem habere. Wenn die Verpfändung gegenüber dem Erwerber „firma" ist, so gilt ein Gleiches gegenüber seinen Successoren.

a) L. 16. §. 4. D. pign. (20, 1).

und folgen daher allenthalben der Hauptsache, also auch rücksichtlich der Priorität.

Fraglich bleibt nur das Verhältniss mehrerer Pfandrechte an Früchten, welche vor ihrer Entstehung selbstständig entweder ausdrücklich oder stillschweigend verpfändet wurden; eine stillschweigende Verpfändung liegt in der Verpfändung der fruchttragenden Sache[b]) und ist wohl aus der im Verkehr gebräuchlichen ausdrücklichen Verbindung von Hauptsache und Früchte hervorgegangen Eine Folge dieser inneren Verwandtschaft ist, dass für beide Pfandarten in Ansehung der Priorität dasselbe gilt; ebensowenig begründet es einen Unterschied, ob zugleich die Hauptsache Gegenstand des Pfandrechts ist oder nicht.

Die Entscheidung unserer Frage ruht auf der Interpretation folgender Stelle des Juristen Gajus; L. 11. §. 3. D. qui pot. (20: 4):

> Lib. sing. ad form. hyp. — Si de futura re convenerit, ut hypothecae sit, sicut est de partu, hoc quaeritur, an ancilla conventionis tempore in bonis fuit debitoris; et in fructibus, si convenit, ut sint pignori, aeque quaeritur, an fundus vel jus utendi fruendi conventionis tempore fuerit debitoris.

Zwei Meinungen stehen sich hier gegenüber. Nach der einen soll Gaius blos von der Gültigkeit der Verpfändung, nach der andern[c]) vom Alter des Pfandrechts handeln. Der Wortlaut zeugt offenbar mehr für die erstere Auffassung; er unterscheidet sich im Wesentlichen nicht von einer andern Stelle aus demselben Werk des Gaius, L. 15. pr. D. pign., welche unbestritten nur die Voraussetzungen der Gültigkeit aufstellt. Dabei macht sich aber das Bedenken geltend, wie dann die Compilatoren dazu kommen, unsere L. 11. §. 3 in den Titel qui potiores habeantur in pignore vel hypotheca zu stellen, und in die unmittelbarste Verbindung mit mehreren nur vom Alter der Pfandrechte handelnden Gesetze zu bringen; ja, wenn, wie wir vermuthen dürfen, die Stelle im Werk des Gaius in derselben

---

b) Dieser Satz ist nicht ausser Streit; einige Rechtslehrer vertheidigen noch die Ansicht, dass ohne ausdrückliche Erstreckung des Pfandnexus die Früchte nur officio judicis, als Nebengegenstand der actio hypothecaria, dem Gläubiger zugesprochen werden könnten; eine selbstständige Pfandfolge auf sie habe derselbe nicht; so namentlich Puchta P. §. 203. Not. f. Vorl. Bd. I. §. 203 a. E. Für die im Text adpotirte Meinung dagegen haben sich auch die Verfasser der neuesten Compendien, Arndts, P. §. 368 und Brinz P. §. 79. S. 297 entschieden. Nähere Literaturnachweise bei Vangerow P. §. 370, Anm. 1.

c) Namentlich von Puchta P. §. 210, Not. f. Vorl. I. Beil. XIX. vertheidigt.

Umgebung stand, so musste er mit ihr einen andern Sinn verbinden, als er in L. 15 pr. cit. ausgesprochen hat.

Wenn wir nun annehmen, dass der Jurist beides, Gültigkeit und Alter, in derselben vereinigt habe, so werden wir der Stellung und dem Wortlaut gerecht, ja die ganze L. 11 cit. gewinnt dadurch an logischem Zusammenhang. Gaius handelt von der Priorität derjenigen Pfandrechte, welche nicht schon mit der Constituirung existent werden; im Eingang und im §. 1 von Fällen, wo es noch an der Voraussetzung der Hauptschuld fehlt; im §. 2 und 3 hingegen von Fällen, wo noch der Gegenstand des Pfandrechts abgeht. Während er nun im §. 2 bei der Verpfändung von Invecten und Illaten sich dafür entscheidet, dass das Alter des Pfandrechts erst von deren Einbringung datire, fährt er im folgenden §., um seinen Gedankengang vollständiger wieder zu geben, fort: „Ganz anders verhält sich diess bei der Verpfändung einer res futura; dies zeigt schon der Beweis, welchen der Pfandgläubiger zu führen hat, dass nämlich die erzeugende Sache zur Zeit der Pfandverabredung im Eigenthum oder Niessbrauch des Pfandschuldners sich befand; bei den Invecten hingegen wird nur darnach gefragt, ob sie ihm im Augenblick der Einführung gehörten[d]).“ —

Mit dieser Auffassung verliert die Stelle zugleich alle Beweiskraft gegen unsere Ansicht von dem Alter eines Pfandrechts an künftig zu erwerbenden Sachen, in welcher Richtung besonders Puchta auf sie Gewicht legt.

Die Richtigkeit dieser Altersbestimmung wird durch eine analoge Entscheidung für das Kaufgeschäft gestützt. Es sagt nämlich Pomponius[e]), ein Kauf erfordere zu seiner Gültigkeit die Existenz des Gegenstandes. Doch könnten auch künftig entstehende Sachen, z. B. Früchte oder noch nicht geborne Junge verkauft werden, und zwar werde es, wenn die Frucht getrennt oder das Junge geboren ist, so angesehen, als ob der Verkauf schon damals, als die Verabredung getroffen wurde, in gültiger Weise zu Stande gekommen wäre. — Was man immer angeführt hat, um

d) Es correspondiren dann auch die Entscheidungen im Eingang und im §. 1 mit den zwei folgenden, insofern der Fall, wo die Priorität nach der wirklichen Entstehung des Pfandrechts sich bestimmt, da wie dort vorangestellt wird.

e) L. 8. pr. D. de contr. emt. (18, 1): Nec emtio nec venditio sine re, quae veneat, potest intelligi. Et tamen fructus et partus futuri recte emuntur, ut, cum editus esset partus, jam tunc, cum contractum esset negotium, venditio facta intelligatur.

einen Schluss von dieser Bestimmung auf das Pfandrecht als unzulässig darzustellen, ist nicht stichhaltig. Rosshirt[f]) beruft sich darauf, dass das Aleatorische dem Pfandrechte widerstrebe, während es mit dem Wesen des Kaufs vereinbar sei. Daraus würde folgen, dass ein Pfandvertrag über künftige Früchte ungültig ist. Das will aber der Verf. keineswegs sagen, sondern nur, dass das dingliche Recht nicht eher anfangen könne, bis das corpus als selbstständiges oder accessorisches Rechtsobject existire. Insofern man nun unter Anfang die wirkliche Entstehung versteht, hat diess seine evidente Richtigkeit; aber was ist damit bewiesen? Hat doch noch Niemand das Gegentheil behauptet. Auch der Bestand des Kaufgeschäfts erheischt Existenz des Gegenstandes[g]), wenn nicht die Parteien geradezu über die Hoffnung der künftigen Entstehung contrahirten, so dass der Preis auch dann gezahlt werden muss, wenn gar nichts entsteht[h]). Wenn nun aber beim Kauf mittelst Fiction die gültige Entstehung des Geschäfts auf den Moment des Contractabschlusses zurückbezogen wird, warum sollte nicht eine gleiche Rechtsdichtung hinsichtlich des Alters eines Pfandrechts Platz greifen können? Auch wenn man die Sache so auffasst, die Verpfändung künftiger Früchte sei eine Verpfändung unter der Bedingung, „wenn sie entstehe," so ist damit für die gegnerische Ansicht nichts gewonnen; dasselbe müsste für das Kaufsgeschäft gelten.

So vereinigen sich also mehrere Gründe, welche die Gültigkeit des von uns aufgestellten Grundsatzes für die verschiedenzeitige Verpfändung noch nicht existenter Früchte bezeugen, und damit ist unsere Ansicht von der Priorität der Pfandrechte, welche an künftigen Sachen bestellt wurden, sowohl im Allgemeinen als im Besonderen gerechtfertigt.

§. 34.

Schlussbemerkung.

Werfen wir einen Rückblick auf die Erörterungen in diesem Abschnitt, so sehen wir, wie praktisches Bedürfniss, muthmassliche Intention der Parteien und Inhalt der Gesetze in vollständigstem Einklang stehen, und dass aus letzteren nur bei einer vorgefassten Meinung ein gegentheiliges Ergebniss hergeleitet werden kann. Trotzdem wird die alte Theorie

f) In seiner Zeitschrift Bd. I. S. 19.

g) Vgl. ausser L. 8. pr. cit. noch L. 7 D. de hered. vel act. vend. (18, 4).

h) L. 8. §. 1. D. contr. emt. L. 11. D. de hered. vel act. vend. L. 12 D. de Act. E. V. (19, 1).

wegen ihrer vermeintlichen Natürlichkeit auch in Zukunft noch manche Vertreter finden. Es wird daher die Frage wichtig, ob nicht in dem bezeugten Gerichtsbrauch eine neue positive Grundlage gegeben sei, die für uns verbindliche Autorität hat, gleichviel ob damit die Vorschriften des römischen Rechts übereinstimmen oder nicht. Im Gerichtsgebrauch kann sich aber sowohl eine wahre gewohnheitsrechtliche Bildung kund geben als ein Erzeugniss der wissenschaftlichen Gesetzauslegung; und da nur erstere äussere bindende Kraft hat, so stellt sich unsere Frage so, ob in jenem Gerichtsgebrauch ein wirkliches Gewohnheitsrecht gegeben sei.

Wenn es ein characteristisches Merkmal des Juristenrechts im zweiten Sinne ist, dass die aufgestellten Rechtssätze einer inneren wissenschaftlichen Begründung fähig sind und sich als logische Folgerungen aus bestehenden Gesetzen oder Gewohnheitsrechten darstellen, so müssen wir uns für die Ansicht erklären, dass der fragliche Gerichtsgebrauch ein auf dem Wege der Gesetzauslegung gewonnener Satz ist, welcher für uns nur doctrinelle Bedeutung hat. Darum aber ist er noch weit entfernt, nicht ein hohes Gewicht für unsere Streitfrage zu behalten: denn es wird allenthalben anerkannt, dass es bei einer bisherigen Praxis so lange sein Verbleiben habe, als nicht die Uebezeugung von deren Unrichtigkeit im vollem Masse begründet ist [a]). Da nun einige Zweifel an der unbedingten Wahrheit der der Praxis entgegenstehenden Ansicht immerhin rege bleiben werden, so wird der hier vertretenen Meinung auch für die Zukunft in der Rechtsanwendung die ausschliessliche Herrschaft zu bewahren seien.

---

a) L. 23. D. de legib. (1, 3): Minime sunt mutanda quae interpretationem certam semper habuerunt.

Vierter Abschnitt.

Vom Entstehungsgrund.

§. 35.

Ueber den Einfluss des Entstehungsgrundes, der bekanntlich dreifacher Art sein kann, Privatdisposition, richterliche Verfügung oder Rechtsvorschrift, gilt im Allgemeinen der Grundsatz, dass kein Pfandrecht vor dessen Existenz datirt werden kann. Was das gesetzliche Pfand anlangt, so ist hier immer mit den beiden andern Bedingungen, Forderung und Gegenstand, der Entstehungsgrund schon gegeben. Aber auch für die beiden andern Arten besteht wenig Streit, so dass nur einige Punkte eine nähere Besprechung erheischen.

Die Verschiedenheit des Entstehungrundes thut dem Grundsatz: qui prior tempore potior jure keinen Eintrag, so wie er auch innerhalb jeder einzelnen Kategorie entscheidend ist[a]). Nur mehrere Gläubiger, die aus demselben Grunde die missio in possessionem erlangt haben, stehen sich, wann auch immer der Einzelne Besitz ergriffen hat, in dem dadurch begründeten Pfandrecht gleich, während bei Verschiedenheit der causa immittendi und bei Collission anderer Pfandarten wieder die Regel eintritt[b]).

---

a) L. 8. 10. D. qui pot. (20, 4) L. 3 Cod. ut in poss. legat. (6, 54) L. 2. Cod. de priv. fisc. (7, 73) L. 2. Cod. qui pot. (8, 18). Auch der Umstand, ob Geneneral- oder Special-; ob Faustpfand oder Hypothek bewirkt nach dieser Richtung keinen Unterschied. L. 1. 12. §. 10. D. qui pot. L. 2. Cod. pign. (8, 14) L. 6. Cod. qui pot. (8, 18). Vgl. auch L. 5. §. 1. D. pign. (20, 1).

b) Gegen die Meinung, dass der Altersvorzug auch bei Verschiedenheit des Immissionsgrunds cessire, z. B. Glück, Comm. Bd. 18 S. 276. Bd. 19 S. 335 f.,

Ein zwar nicht unbestrittener, aber gesetzlich gerechtfertigter Satz ist, dass Pfandrechte, die an demselben Tage begründet wurden, gleichzeitig sind, mögen sie auch nach kleinern Zeittheilen auseinanderfallen [c]); nur freilich kann hier, wie anderwärts, durch ausdrückliche Verabredung eine Abstufung festgesetzt werden.

§. 36.

Das richterliche Pfand.

Von den drei Arten des richterlichen Pfandrechts beginnt:

1) Das durch gerichtliche Einweisung eines Gläubigers in den Besitz einzelner oder aller Güter seines Schuldners constituirte, sog. pignus praetorium, erst mit der wirklichen Besitzergreifung [a]).

Mayer, Tüb. krit. Zeitschr. Bd. 2. S. 82, sprechen L. 5. §. 3. §. 4. D. ut in poss. legat. (36, 1) L. 10. pr. Cod. de bon. autor. jud. (7, 72) insofern, als hier überall Gleichheit dieses Grundes vorausgesetzt ist, daher auch die Mehrzahl der Juristen der beschränktern Ansicht das Wort redet: Voët, comm. ad pand. lib. XX. tit. IV. §. 28 de Buchholz commentatio: qui potiores sunt in pignoribus, Regiomontani 1829, Not. 162. Puchta, P. §. 210 h, Arndts P. §. 384. Anm. 3. Brinz, P. §. 80 a. E.

c) Obwohl schon der Byzantiner Harmenopulus prompt. jur. civ. lib. 3. tit. 5. §. 36 diese Ansicht aufstellt — *αἱ ὧραι αἱ προλαμβάνουσαι καὶ ὑστερίζουσαι οὐ ποιοῦσί τινι αὐτῶν προτίμησιν* — fehlt es doch nicht an Juristen, welche auf die Stunde, ja selbst auf den Augenblick gesehen wissen wollen, Voët comm. l. c. §. 29. Gail. pract. observ. Lib. 25. Nr. 3. Lauterbach, coll. theor. pract. in pand. lib. XX. tit. IV. §. 7 (tom. II. p. 134). Kreittmayr, Anmerk. zum cod. Max. civ. ad P. II. cap. VI. §. 13. de Buchholz, l. c. pag. 56. not. 188. Arndts Pand. §. 383. Anm. urtheilt über die herrschende Ansicht: „Vernünftig ist es gewiss nicht, die Priorität innerhalb desselben Tages, wenn sie erweislich ist, nicht zu beachten." Indess sprechen für die Richtigkeit derselben sowohl die allgemeinen Grundsätze über die Zeitberechnung, vgl. L. 8. D. de feriis (2, 12) — quidquid in his viginti quatuor horis (id est duabus dimidiatis noctibus et luce media) actum est, perinde est, quasi quavis hora lucis actum esset — als auch folgender specieller Ausspruch: L. 16. §. 8. D. pign. (20, 1) — utrum de parte quisque an de toto quasi utrique in solidum res obligata sit? Quod erit dicendum, si eodem die pignus utrique datum est separatim. — Dieselbe Ansicht hat der Cod. Nap. Art. 2147. Ueber die deutschen Particularrechte vgl. unten §. 41.

a) L. 26. §. 1. D. pign. act. (13, 7.) — Sciendum est, ubi jussu magistratus pignus constituitur, non alias constituitur, nisi ventum fuerit in possessionem.

2) Das durch gerichtliche Auspfändung zum Vollzug eines rechtskräftigen Erkenntnisses an den gepfändeten Sachen entstehende Pfandrecht mit der Wegnahme oder, was ihr heutzutage gleichsteht, mit Aufzeichnung durch den Executor [b]).

3) Das durch richterliche Adjudication auf eine erhobene Theilungsklage an einem zur Gemeinschaft gehörigen Gegenstand begründete [c]), mit dem Moment, da das Theilungserkenntniss die Rechtskraft beschreitet.

§. 37.

Das testamentarische Pfand.

Die Frage, von wann an ein durch letztwillige Anordnung begründetes Pfandrecht datire, wird verschieden beantwortet werden, je nachdem man dieser oder jener Anschauung von der rechtlichen Natur eines solchen Pfandrechts folgt. Es wird daher nothwendig, sich über diesen Punkt in's Klare zu setzen.

Es hat eine Theorie gegeben, welche überall ein besonderes, vom verträgsmässigen Pfandrecht verschiedenes pignus testamentarium leugnete, und theils in dem im Erbschaftsantritt liegenden Quasicontract den Entstehungsgrund suchte [a]), theils in der testamentarischen Disposition nur

---

L. 3. Cod. ut in poss. legat. (6, 54). — Man behauptet häufig, die römischen missiones in possessionem seien heutzutage nicht mehr in Gebrauch. Seuffert, pract. Pand. R. §. 198, Not. 1; aber die Immission zur Vollstreckung eines richterlichen Urtheiles — L. 2. 3 Cod. qui pot. (8, 18) — entbehrt nicht der practischen Anwendbarkeit und Anwendung. Glück, III. S. 512. Sintenis, gem. Civilr. Bd. I. §. 35. Not. 35, 36 und 59. §. 72. Bayer. Hyp. Ges. §. 12. Ziff. 12. Indess ist allerdings der andere Modus richterlicher Execution durch gerichtliche Beschlagnahme und Dispositionsverbot an den Schuldner mit darauf folgendem Verkauf jetzt üblicher.

b) L. 10. D. qui pot. (20, 4). L. 15. §. 2. D. de re jud. (42, 1). L. 8. Cod. quae res pign. Tit. Cod. si in causa jud. captum sit: 8, 23.

c) Ein directes Quellenzeugniss für diese Art des Pfandrechts besitzen wir nicht; die Neueren sind aber durchgängig dafür: Puchta, P. §. 198, Seuffert, P. §. 198 a. E. Arndts P. §. 372 Anm. Brinz, P. §. 84 a. E. Die Beschränkung auf gemeinschaftliche Gegenstände ergibt sich aus L. 10. D. commun. div. (10, 3.) L. 16. §. 1. L. 22. §. 3. D. fam. herc. (10, 2.) L. 6. §. 1. de de usufr. (7, 1).

a) Meissner, Lehre von dem stillschweigenden Pfandr. (Th. I.) S. 5, (Th. II.) S. 467.

den Anfang eines schriftlichen Pfandvertrags erblickte, welcher durch die Annahme des Vermächtnisses von Seite des Honorirten seine Vollendung erhalte [b]).

In beiderlei Gestalt ist diese Ansicht für das legirte Pfandrecht nicht mehr begründet als für das Vermächtniss jedes andern dinglichen Rechts; folgerecht gelangten wir — freilich im Widerspruch mit den klarsten Quellenaussprüchen [c]) — zur Verneinung jedes unmittelbaren dinglichen Erwerbs aus Vermächtnissen. Darum ist denn diese Vorstellung heutzutage — zum Theil von ihrem eigenen Urheber [d]) — aufgegeben worden. Man sieht vielmehr, meines Erachtens mit vollem Recht, in der letztwilligen Anordnung eines Pfandrechts ein wahres Vermächtniss [e]); an dieser Auffassung darf man sich nicht darum stossen, dass aus dem Gegenstande eines solchen Vermächtnisses möglicher Weise gar keine materielle Gabe (aus der Erbschaft) entspringt; denn die Frage, ob die Zuwendung für den Honorirten einen Vortheil enthalte, bemisst sich nicht nach dem schliesslichen Erfolg [f]); auch ist eine effective Vermögensvermehrung zur Gültigkeit des Vermächtnisses keineswegs erforderlich; es genügt, dass der Bedachte ein Sicherungsmittel für seine Forderung bekommt [g]). Wenn nun, wie regelmässig, eine Sache als Unterpfand angewiesen wird, so liegt das Vermächtniss eines jus in re vor; wir haben daher die hiefür geltenden Grundsätze in Anwendung zu bringen; eine analoge Beurtheilung tritt

---

b) Sintenis, Handb. des Pfandr. S. 264.

c) L. 80. D. legat. II. (31) — recta via dominium, quod haereditatis fuit, ad legatarium transeat, nunquam factum heredis. L. 64. D. de furt. (47, 2) — quia ea, quae legantur, recta via ab eo, qui legarit, ad eum, cui legata sunt, transeunt. Gai. II. 194. 195. Die bekannte L. 1. Cod. comm. de legat. (6, 54) hat diese vorher nur vom Vindicationslegat geltenden Grundsätze auf alle Vermächtnissarten ausgedehnt.

d) Sintenis, im gemeinen Civilr. §. 71. Not. 35.

e) Vangerow, P. §. 370. Anm. 1. Brinz, P. S. 331. 2.

f) §. 14. Inst. de legat. (2, 20) — utile esse nihilominus legatum, quia semel constitit.

g) Niemand wird verkennen, dass darin ein „aliquid lucri" (L. 1. Cod. comm. de legat. 6, 43) liege. Man denke nur an das legatum debiti — vgl. besonders L. 11. D. de liber. legat. (34, 3) — und an die liberatio legata, wobei auch der Forderungsgläubiger Honorirter sein kann, weil er durch das Vermächtniss noch einen Schuldner bekommt, der ihm für sein Guthaben haftet. L. 3. §. 5. D. eod. — interesse enim creditoris, duos reos habere.

ein, wenn der Gegenstand des Pfandrechts ein anderer, z. B. eine Forderung ist.

Es besteht nun aber ein wesentlicher Unterschied, ob die Sache 1) zur Erbschaft oder 2) dem Erben, resp. Onerirten oder 3) einem Dritten gehört.

1) Das Recht auf das Vermächtniss zwar wird immer, wenn keine aufschiebende Bedingung beigefügt ist, mit dem Tode des Erblassers deferirt, dies legati cedit [h]. Das vermachte Recht hingegen geht unter der obigen ersten Voraussetzung bei einem unbedingten und unbetagten Vermächtniss mit dem Erbschaftsantritt auf den Vermächtnissnehmer über. Für den Fall, da das Eigenthum vermacht ist, wird diess in vielen Stellen unzweideutig anerkannt [i]; ebenso für den Erwerb eines vermachten Ususfructus, bei welchem Vermächtniss aber wegen Mangels eines practischen Grundes kein vom dies veniens verschiedener dies cedens angenommen wird [k].

Warum das vermachte Pfandrecht im Gegensatz hiezu schon mit dem Tod des Erblassers existent werden soll, wie viele Rechtslehrer meinen, dafür fehlt ein zureichender Grund; namentlich liegt nichts im Wesen dieses Rechts, was eine andere Beurtheilung motivirte; auch eine vermachte erbschaftliche Forderung wird nicht vor dem Erbschaftsantritt erworben.

Indess ist die Differenz der hier vertretenen Meinung [l] von der ersteren [m] ohne practische Erheblichkeit. Denn das vermachte dingliche Recht geht vom Erblasser unmittelbar auf den Vermächtnissnehmer über,

---

h) L. 1, 4 pr. L. 5. §. 1. L. 7. 13. 21. pr. L. 22. pr. D. quando dies legat. (36, 2). L. un. §. 1 in fin. §. 5. Cod. de caduc. toll. (6, 51), wodurch die Bestimmung der Lex Papia Popp., dass der dies erst von der Eröffnung des Testaments cedire, — Ulp. Fragm. XXIV. §. 31 — aufgehoben und das ältere Recht wieder hergestellt wurde. Vgl. unten §. 38.

i) L. 69. pr. L. 86. §. 2. D. legat. I. (30). L. 38. D. legat. II. (31.) L. 64. D. de furt (47, 2.) L. 7. §. 5. D. de dolo (4, 3.) L. 13. §. 3. D. leg. Aquil. (9, 2).

k) L. 2. 3. D. quando dies legat. (36, 2) — nam cum ad heredem non transferatur (sc. ususfructus) frustra est, si ante quis diem cedere dixerit. L. un. §§. 2—4. D. quand dies ususfr. (7, 3). Der gleichen Beurtheilung unterliegen andere Personalservituten L. 2. 9. D. quando dies legat.

l) Sie vertheidigt namentlich Puchta, P. §. 541 und Vorl. II. §. 541.

m) Glück, Comm. 18. S. 190. Hepp, diss. cit. §. 18 und im civ. Arch. 10. S. 264. Gesterding, Pfandr. S. 126. Vangerow, P. §. 373. Sintenis, gem. Civilr. §. 74. Ziff. II.

so dass jede Veräusserung, welche inzwischen von wem immer (mit Ausnahme des Fiskus, des Regenten und seiner Gemahlin)[n]), namentlich vom Erben vorgenommen wird, ungültig ist, soweit sie jenes Recht beeinträchtigt [o]). Von den stillschweigenden Pfandrechten kann an den Gegenständen der liegenden Erbschaft nur das fiscalische wegen rückständiger Abgaben entstehn, das ohnediess einen absoluten Vorzug geniesst [p]). Ueber die gesetzliche Hypothek der Vermächtnissnehmer vgl. den folgenden §.

Ist das Vermächtniss ein suspensiv bedingtes, und die Bedingung zur Zeit des Erbschaftserwerbs noch nicht erfüllt, so geht zwar nach der in den Justinianischen Rechtsbüchern recipirten Ansicht der Sabinianer einstweilen das Eigenthum der Sache auf den Vermächtnissträger über [q]); mit Existenz der Bedingung aber werden alle mittlerweile getroffenen Veräusserungen ungültig; so dass sich dasselbe Resultat herausstellt, wie beim unbedingten oder beim Erbschaftsantritt nicht mehr bedingten Legat, obwohl wir die Entstehung des vermachten Rechts an diesen Zeitpunkt anknüpfen müssen, da den Bedingungen bei Vermächtnissen die rückwirkende Kraft fehlt. Ein Gleiches gilt für das betagte Legat, indem die Zeitbestimmung bekanntlich nur den dies legati veniens hinausschiebt [r]).

2) Sind diejenigen Sachen, welche der Testator eigenthümlich legirt, keine erbschaftlichen, sondern dem Erben oder einem sonstigen Vermächtnissträger gehörig, so erwirbt der Bedachte nach der richtigern Ansicht nicht wie im erstern Fall unmittelbar Eigenthum, sondern nur einen persönlichen Anspruch gegen jenen auf Uebergabe der Sache [s]). Folgerecht

---

n) Damit hört aber jedes bisher an der Sache bestehende Recht, also auch ein früheres Pfandrecht auf. L. 2. 3. Cod. de quadr. praescr. (7, 37) §. 14 Inst. de usurp. (2, 6).

o) Vgl. die Not. c citirten Stellen und L. 3 §. 2 Cod. commun. de legat. (6, 43).

p) Puchta a. a. O. bedient sich des Ausdrucks „das Pfandrecht wird auf den Todestag retrotrahirt", eine Vorstellung, die auf das Vermächtniss anderer dinglicher Rechte ausgedehnt, in ihren Consequenzen nicht unbedenklich ist. Vgl. L. 38 D. legat. II. dazu L. 91 §. 6 D. legat. I. (30). Auch sagt L. 44 §. 1 D. legat I.: ubi legatarius non repudiavit, retro ipsius fuisse videtur ex quo hereditas adita est.

q) Gai. II. 200. L. 66 D. R. V. (6, 1). L. 11 §. 1 D. quemadm. serv. (8, 7). L. 12 §. 2 D. fam. herc. (10, 2). L. 1 §. 4 D. SC. Silan. (29, 5).

r) L. 69 §. 1 L. 81 pr. D. legat. I. (30). L. 165 D. de condit. (35, 1). L. 3 §. 2 §. 3 Cod. commun. de legat. (6, 43).

s) Diese Frage ist noch immer bestritten und doch kann sie meines Erachtens nicht anders entschieden werden. Nach älterem römischen Recht war das

scheint dasselbe für das an einer solchen Sache vermachte Pfandrecht behauptet und demnach dessen Entstehung auf den Augenblick der Bestellung

Vindicationslegat, durch welches unmittelbarer Eigenthumsübergang bewirkt wurde, ungültig, wenn die vermachte Sache nicht im quiritischen Eigenthum des Testators stund, während per damnationem überhaupt fremde Sachen legirt werden konnten. Gai. II. 196. 202. Ulpian. fragm. XXIV. §. 7. §. 8. Lag der Grund dieser Verschiedenheit in der Form? Keineswegs; sondern in dem natürlichen Grundsatz, dass Niemand ein Recht an einer Sache gewähren kann, die ihm nicht gehört; einer persönlichen Verpflichtung des Erben zur Bestellung dieses Rechts stund nichts im Weg. In Anerkennung dieser materiellen Verschiedenheit hat ein Senatusconsultum unter Nero, welches die Ungültigkeit des Legats fremder Sachen, wenn der Testator die Form per vindicationem gebraucht hatte, verhüten wollte, festgesetzt, dass ein solches als förmlich errichtetes Damnationslegat angesehen werden soll. Gai. II. 197. Ulp. fragm. l. c. §. 11a (eine Erwähnung desselben in Fragm. Vat. §. 85). Nun hat zwar Justinian in der bekannten L. 1 Cod. comm. de legat. (6, 43) allen Unterschied in den materiellen Wirkungen der verschiedenen Legatsformen aufgehoben, und insbesondere bestimmt, dass der Vermächtnissnehmer die ihm vermachte Sache sofort mit der Eigenthumsklage verfolgen könne, welcher Errichtungsform sich auch der Testator bedient habe; damit aber gewiss nicht den exorbitanten Satz sanctioniren wollen, dass der Testator nunmehr an fremden Sachen unmittelbar dingliche Rechte constituiren könne. Für diejenigen Sachen, welche einem Dritten gehören, erkennt man diess an; warum soll für die dem Beschwerten gehörigen etwas Anderes gelten? Hier wie dort lag der Grund, warum nur ein persönlicher Anspruch auf Bestellung begründet wurde, nicht in der Form des Damnationslegats, sondern in den materiellen Voraussetzungen, welche umgekehrt nur die Form des Damnationslegats zuliessen; sie beruhte nicht auf einer Wortklauberei, sondern auf einem fundamentalen Rechtsprincip, welches auch im Zeitalter Justinian's nicht für eine pure „subtilitas" des frühern Rechts gegolten haben kann. Aber nur diese zu beseitigen, war des Kaisers ausgesprochne Intention. So berechtigt auch der Wortlaut, so allgemein er im Ganzen ist, keineswegs zu jener ausdehnenden Auffassung; deutlich führen auf das Gegentheil die Ausdrücke hin: praefatas actiones (es war von der actio in rem und hypothecaria die Rede) contra res testatoris esse instituendas, ferner: nihil est grave, etiam adversus eum (sc. a quo derelictum est legatum) non tantum personalem, sed etiam in rem et hypothecariam extendere actionem in rebus, quas a testatore consecutus est. Aber auch abgesehn von diesen äusseren Anhaltspunkten, so wird von Vangerow P. §. 351 ganz richtig bemerkt, dass, „wenn man sich einmal zu einer beschränkteren Interpretation des Gesetzes verstehn muss, es doch das Natürlichste ist, diess

durch den Beschwerten gesetzt werden zu müssen. Indess spielt hier der andere Rechtssatz herein, dass das durch ein Rechtsgeschäft unter Lebenden vom Erblasser an einer Sache des Erben bestellte Pfandrecht durch die Beerbung convalescirt. Sollte nicht in dem Fall, wo die Constituirung auf letztwilliger Anordnung beruht, dasselbe Statt finden?

Obwohl die Analogie eine so naheliegende scheint, glaube ich doch, dass die aufgeworfene Frage verneint werden muss und zwar aus folgenden Gründen.

Wenn ein Nichteigenthümer mit seinem Gläubiger über eine fremde Sache einen Pfandcontrakt abschliesst, so fehlt zur unmittelbaren Entstehung des Pfandrechts nichts als die Verfügungsmacht über die Sache auf Seite des Verpfänders; dieses Erforderniss wird durch die Einwilligung des Berechtigten, wir wollen ihn kurzweg Eigenthümer nennen, ergänzt; der Verpfänder erscheint nunmehr als Stellvertreter des Letztern, und es unterliegt keinem Zweifel, dass das Recht entstanden wäre, wenn dieser die nämlichen Handlungen, wie der Verpfänder, natürlich auch mit demselben Willen, vorgenommen hätte. Nun liegt zwar der Grund, warum aus dem Vermächtniss einer fremden Sache nicht unmittelbar ein dingliches Recht des Vermächtnissnehmers entspringt, gleichfalls in der mangelnden Dispositionsbefugniss des Testators; aber die Genehmigung des Eigenthümers enthält hier keineswegs eine Ergänzung dieses Mangels; denn sie ist eine Disposition unter Lebenden; jene potenzirte Dispositionsmacht aber, in Folge deren durch einseitige Anordnung Rechte ins Leben gerufen werden können, deren Entstehung ausserdem noch an andere Bedingungen geknüpft ist, als an den Willen des Berechtigten, kommt nur dem letzten Willen zu. Mangel und Ersatz würden sich daher nur dann decken, wenn die Genehmigung gleichfalls eine letztwillige Verfügung wäre; eine solche würde immerhin erst mit dem Tode des Ratihabenten in Kraft treten. Letzt-

---

dann in der Weise zu thun, wie es die civilistische Consequenz erfordert". Die in den Quellen hie und da erwähnte Personeneinheit zwischen Erblasser und Erben (L. 22 D. usurp. 41, 3. Nov. 48 praef.), woraus Glück, Comm. Bd. 21 S. 353 — vgl. jedoch Bd. 10 S. 180 — eine gleiche rechtliche Behandlung der erbschaftlichen und der dem Erben gehörigen Sachen zu folgern scheint, geht keineswegs so weit, dass jener ein unbedingtes Dispositionsrecht über das Vermögen des Letztern erhielte; und dann träfe dieser Grund auf den Fall, da nicht ein Erbe Onerirter ist, gar nicht zu. — Die richtige Ansicht vertheidigt Arndts im Rechtslexicon Bd. VI S. 300 f. u. P. §. 569 Nr. 2; ihm folgt Seuffert, P. §. 618 Not. 4a.

willige Verfügungen können also durch den Umstand allein, dass der Berechtigte den Disponenten beerbt, eine Kräftigung nicht gewinnen.

So liegt daher in der testamentarischen Anordnung eines Pfandrechts an einer dem Erben, oder, was nunmehr gleichsteht, einem andern Onerirten gehörigen Sache nur die Verpflichtung zur Bestellung; das Alter des Pfandrechts hebt erst mit der wirklichen Einräumung durch den Vermächtnissträger an [t]).

Auf gleicher Linie steht damit das Vermächtniss eines Pfandrechts an einer Sache, die im Eigenthum eines Dritten steht, nur dass selbstverständlich für seine Gültigkeit dieselben Beschränkungen gelten, wie für das Vermächtniss des Eigenthums [u]).

§. 38.

Die Legalhypothek der Vermächtnissnehmer.

Die Verschiedenheit der Ansichten über den Anfang des gesetzlichen Pfandrechts, welches Justinian an Stelle der früher gebräuchlichen missiones in rem den Vermächtnissnehmern an sämmtlichen auf den Vermächtnissträger überkommenen Erbschaftsgütern gegeben hat, hängt, zum Theil wenigstens, zusammen mit den Abweichungen in der Beantwortung der Frage, wann der Anspruch des Vermächtnissnehmers überhaupt entstehe. Auch ich halte dafür, dass hieraus allein ein richtiger Gesichtspunkt zur Entscheidung jenes Zweifelpunkts gewonnen werden kann. Diese zweite Frage erheischt daher vorgängige Lösung.

In den Quellen wird gelehrt, dass der dies legati seu fideicommissi cedens der Zeitpunkt sei, welchen der Legatar erleben und an welchem er fähig sein müsse [a]), wenn das Vermächtniss gültig sein soll, dass sein späterer Tod nicht mehr schade, weil nunmehr das Vermächtniss, wo überhaupt der Gegenstand es zulässt, auf die Erben transmittirt wird [b]), dass endlich der Status des Vermächtnissnehmers in diesem Moment darüber ent-

t) Ebenso datirt Glück Comm. Bd. 18 S. 190 f.; dagegen Vangerow P. §. 373 Anm. vom Erbschaftsantritt an.

u) §. 4 Inst. de legat. (2, 20). L. 14 §. 2 D. legat. III. (32). L. 39 §. 7 L. 71 §. 3 D. legat. I. (30). L. 10 Cod. legat. (6, 37). Paul. Sent. IV. 1. §. 8. Ueber den Beweis L. 21 D. de probat. (22, 3).

a) L. 59 §. 4 D. de hered. instit. (28, 5).

b) L. 5 pr. L. 2. 3. 8. 9. D. quando dies leg. (36, 2). L. 5 Cod. de condit. insert. (6, 46). L. 5. 6. Cod. quando dies leg. (6, 53).

scheide, ob er selbst oder ein Anderer durch ihn, und welcher von mehreren successiven Gewalthabern das Legat erwerbe [c]). Hierauf pflegt man fast allgemein das Dogma zu bauen, dass in dem Moment, wo dies legati cedit, das Vermächtniss vom Honorirten erworben werde. Aber schon dieser Satz ist nicht unbedenklich; denn vor dem Erbschaftsantritt ist die Existenz des Vermächtnisses noch in Frage gestellt; es wird daher nach jener Ansicht etwas erworben, was noch nicht ist, oder — wenn man die Sache noch im günstigsten Lichte betrachtet, — von dem noch ungewiss ist, ob es besteht. Mir scheint die Annahme des Erwerbs mit dem dies cedens nicht nur nicht nothwendig, sondern quellenmässig unhaltbar; wie lässt sich damit vereinbaren, dass die Erklärung der Annahme oder Ablehnung nicht jetzt, sondern erst mit dem dies veniens rechtlich möglich ist? Noch deutlicher führen auf das Gegentheil die Worte hin, womit der Jurist diesen Satz motivirt:

> nam nec pertinet ad nos (sc. legatum) antequam dies veniat vel conditio existat [d]).

Richtiger ist es daher jedenfalls, die Wirkung des dies cedens als den „Anfall" des Vermächtnisses zu bezeichnen; es wird in diesem Zeitpunkt die Berechtigung des Legatars zum eventuellen Erwerb begründet, eine Berechtigung, die allerdings mit dem Erbschaftsantritt ohne Zuthun des Honorirten in den Erwerb übergeht. Hierin und in dem Umstande, dass ausserdem der Erbe durch Verzögerung der Antretung den Legatar um sein Vermächtniss willkürlich bringen könnte, liegt der Grund, warum die oben bezeichneten Wirkungen an den dies legati cedens geknüpft werden.

Man kann einwenden, dass die Bezeichnung ziemlich unerheblich bleibe, wenn man nur in den practischen Folgen einverstanden ist; hier gelte der Grundsatz: in verbis simus faciles. Diess mag zugegeben werden. Aber es darf diese Nachsicht da nicht geübt werden, wo, wie z. B. bei Puchta [e]), der Erwerb des Vermächtnisses mit der Entstehung des Quasicontrakts zwischen dem Vermächtnissnehmer und Träger identificirt wird. Wenn gleich seit Justinian's bekannter Constitution [f]) jedes Ver-

---

c) L. 5 §. 7. L. 14 §. 3 D. quando dies leg. (36, 2). L. 18 D. R. J. (50, 17). L. 5 Cod. de condit. insert. §. 32 Inst. de legat. (2, 20).

d) L. 45 §. 1 D. legat. II. (31). Pomponius. coll. L. 5 §. 1 L. 21 pr. D. quando dies legat.

e) P. §. 539 und Vorl. hiezu.

f) L. 1 Cod. commun. de legat. §. 2 Inst. de legat. (2, 20.)

mächtniss zu einem obligatorischen Verhältniss zwischen diesen beiden Personen führt, daher auch das Vermächtniss mit den materiellen Voraussetzungen des alten Vindicationslegat, so ist doch in der That eine Obligatio vor dem Erbschaftsantritt geradezu undenkbar, weil noch kein Verpflichteter vorhanden ist. Dieser Punkt ist namentlich für unsere Frage wichtig; denn die in Rede stehende gesetzliche Hypothek ist zur Sicherung des Anspruchs des Vermächtnissnehmers gegen den Vermächtnissträger eingeführt; entsteht nun dieser nicht vor dem Erbschaftserwerb [g]), so gelangt auch das Pfandrecht nicht früher zum Dasein. Nun ist zwar mehrfach hervorgehoben worden, dass für die Bestimmung der Priorität nicht absolut die Existenz der Forderung und damit des Pfandrechts massgebend ist; allein die Römer knüpfen, wie gleichfalls bemerkt, den Anfang der pfandrechtlichen Wirkungen an einen frühern Zeitpunkt immer nur da, wo die Concurrenz später entstehender Pfandrechte die beabsichtigte Sicherheit ganz oder theilweise aufheben würde. Diese Gefahr ist hier nicht vorhanden. Sie wird verhütet dadurch, dass Veräusserungen der liegenden Erbschaft ungültig sind, dass ferner vor dem Antritt nur das stillschweigende Pfandrecht des Fiskus wegen der Abgaben entstehn kann, welches jedoch immer vorgehn würde. Die Pfandrechte aber, welche der Erbe selbst schon an den Erbschaftsgütern bestellt hat und die durch den Erwerb gültig werden, stehn jenem Legalpfand jedenfalls nach dem Grundsatz, dass die Pfandrechte aus der Zeit eines frühern Eigenthümers vor den von einem spätern Eigenthümer errichteten den Vorzug behaupten, nach. Es könnte zwar den Anschein gewinnen, als sei es willkürlich, diesen Grundsatz in unserm Fall zur Anwendung zu bringen, wo das Pfandrecht erst mit dem Erwerb des Erben entsteht. Allein der Kaiser führt uns selbst darauf hin, dass er nur zur gesetzlichen Vorschrift erheben wollte, was vorsichtige Testatoren bisher schon zu thun pflegten [h]); der Erblasser also ist es, der als

---

g) Nicht unbedingt mit dem dies legati veniens; ein dies certus kann den letztern weiter hinausschieben, ohne den Erwerb des Vermächtnisses — zu unterscheiden vom vermachten Gegenstand — zu hindern. Ist der Onerirte ein Vermächtnissnehmer, so wird das Recht des Honorirten gegen ihn gleichfalls in diesem Moment existent, vorausgesetzt dass schon dies legati cedit; denn unter dieser Voraussetzung erwirbt er sein Legat ipso jure.

h) Cum enim jam hoc jure nostro increbuit, licere testatori hypothecam rerum suarum in testamento quibus voluerit dare, et iterum novellae Constitutiones in multis casibus et tacitas hypothecas introduxerunt, non ab re est, etiam nos in praesenti casu hypothecariam donare actionem, quae etiam

der stillschweigend constituirende Eigenthümer angesehen werden muss, oder, um der Sache nur eine andere Wendung zu geben, es ist so zu betrachten, als rühre dieses Pfandrecht aus der Zeit des Erblassers her.

Fragen wir nach der Intention des Kaisers im Allgemeinen, so ging diese gewiss nicht weiter, als den Anspruch der Vermächtnissnehmer durch die Erbgüter des Onerirten in der Art zu sichern, dass er durch des Letzteren Verfügungen nicht beeinträchtigt zu werden vermag. Dieser Zweck wird vollkommen erreicht, wenn man das Pfandrecht vom Erbschaftsantritt datirt.

Ein praktischer Unterschied besteht sonach zwischen der letzteren Ansicht und der andern, welche das Pfandrecht vom Tode des Erblassers beginnen lässt, nicht; nur glaube ich, dass jene den Vorzug der juristischen Folgerichtigkeit für sich hat[i]).

§. 39.

Die Verpfändung unter einer Suspensivbedingung und Zeitbestimmung.

Der Einfluss der aufschiebenden Bedingung auf das Pfandrecht ist kein andrer, als bei sonstigen Rechtsgeschäften; sie stellt seine Existenz vorerst in Frage; sobald sie aber eingetreten ist, weist sich das Pfandrecht als schon mit der Verabredung entstanden auf. Dieser letztere Moment ist daher für seine Priorität massgebend. Die Gegner der rückwirkenden Kraft der erfüllten Bedingung kommen im Effect mit uns überein; sie weichen nur im Grund der Vorzugsbestimmung ab, indem sie ihn in die Gebundenheit des Willens setzen. In der That steht und fällt unsere Ansicht von der Priorität des bedingten Pfandrechts durchaus nicht mit der bisher gangbaren Anschauung von der Retrotraction einer erfüllten Bedingung; kann man sich auch aus mehr erörterten Gründen nicht mit der Ableitung der-

---

nullo verbo praecedente possit ab ipsa lege induci. Si enim testator ideo legata vel fideicommissa reliquit, ut omnimodo personae ab eo honoratae ea percipiant, apparet ex ejus voluntate etiam praefatas actiones contra res testatoris esse instituendas, ut omnibus modis voluntati ejus satisfiat. L. 1 Cod. comm. de legat. (6, 43).

i) Die im Text aufgestellte Ansicht vertreten: Mayer, Tüb. krit. Ztschr. Bd. 2 S. 78 f.; Huschke, Giess. Ztschr. Bd. 20 S. 152; der entgegengesetzten folgen: Vangerow, P. §. 386 Anm. a. E. und die dort Citirten; ausserdem auch Seuffert, P. §. 214 Not. 17.

selben aus der blossen Willensgebundenheit befreunden, so liegt doch in der bedingten Pfandconvention schon eine pignoris obligatio, welche nach der im ersten Abschnitt entwickelten Ansicht für die Priorität entscheidend ist.

Diese Vorzugsbestimmung nach dem Verpfändungsact tritt überall ein, wo eine wahre Bedingung vorliegt, und nicht etwa eine noch ganz unverbindliche Verabredung; daher kann auch für den Fall einer auf Seite des Pfandschuldners potestativen Bedingung keine Ausnahme statuirt werden. Von der wichtigsten Consequenz, welche auf den entgegengesetzten Satz gebaut zu werden pflegt, ist im vorigen Abschnitt gehandelt worden.

Auch die Wirkung der Zeitbestimmung weicht in unserer Lehre von den allgemeinen Grundsätzen nicht ab; das Pfandrecht selbst kommt sofort zum Dasein; das, was der dies verschiebt, ist nur seine Geltendmachung, wovon selbstverständlich sein Rangverhältniss zu andern an der Sache bestehenden Pfandrechten nicht abhängig ist. Zu allem Ueberfluss gibt uns das geschriebene Recht ein directes Zeugniss hiefür [a]). Damit erledigt sich die entgegengesetzte Ansicht von Sintenis [b]), an der nur so viel richtig ist, dass die Absicht der Parteien dahin gehen kann, jede Wirkung, ja die Existenz des Pfandrechts selbst erst mit dem Eintritt des dies anheben zu lassen, welche Intention aber gewiss nicht als Regel an die Spitze gestellt werden darf.

---

a) L. 12 §. 1 D. qui pot. (20, 4) Marc. ad form. hyp. — Si primus, qui sine hypotheca credidit, post secundum, qui utrumque fecit, ipse hypothecam accepit, sine dubio posterior in hypotheca est. Unde si in diem de hypotheca convenit, non dubium est, quin potior sit, licet ante diem cum alio creditore pure de eadem re convenit. — Die Ansicht von Sintenis Pfandr. S. 367 Not. 1, dass der Jurist einen dies incertus instar conditionis im Auge habe, ist grundlos.

b) A. a. O. S. 368; dagegen Puchta P. §. 210 a. E.

Fünfter Abschnitt.

Verhältniss der gemeinrechtlichen Grundsätze zu den particulären Reformen in der Pfandgesetzgebung.

§. 40.

Geschichtlicher Ueberblick.

In der Entwicklung der einheimischen Pfandrechtsbildung tritt die Tendenz hervor, die Haftung einer Sache als Unterpfand äusserlich erkennbar zu machen, ein Grundzug, der geeignet war, vor den fühlbarsten Gebrechen zu bewahren, an welchen das römische Pfandsystem leidet.

Für bewegliche Sachen kannte das deutsche Recht von jeher nur die Entstehung des Pfandrechts durch Besitzübertragung, womit die eigenthümliche Haftung des Gläubigers für den Untergang der Sache mit seinem Forderungsrechte jedoch ohne das Recht des Gebrauchs [a]) verbunden zu sein pflegte.

Die Verpfändung von Liegenschaften erforderte nach dem ältern Rechte ausser der Uebergabe der Sache zu Besitz, Genuss und Gefahr des Gläubigers vorgehende gerichtliche Auflassung; es unterscheidet sich diese sogenannte ältere deutsche Satzung von der römisch-rechtlichen Fiducia, an die sie zunächst erinnert, durch den Mangel des Eigenthumsübergangs. Um die Zeit des 14. Jahrhunderts wurde sie durch die neuere Satzung verdrängt, nach welcher Besitz- und Genusseinräumung fortfiel und zur

---

a) Albrecht, die Gewere als Grundlage des ältern deutschen Sachenrechts (1828) S. 130 ff.

Begründung gerichtliche Auflassung genügte, an deren Stelle bald die Eintragung in das Gerichtsbuch trat.

So wesentliche Vorzüge das deutsche Pfandsystem vor dem römischen hatte, so gewann doch auch in diesem Gebiete das eindringende fremde Recht bald die Oberhand, so sehr, dass das einheimische theils nur in einzelnen das römische Recht modificirenden Grundsätzen, theils in der Beibehaltung der Satzung für wichtigere Verpfändungen, namentlich von reichsunmittelbaren Gebieten fortlebte b).

Es konnte indess nicht fehlen, dass diese nachtheilige Veränderung in der Pfandgesetzgebung eine Reaction wach rief, welche in richtiger Erkenntniss des wahren Uebels an das Institut der neueren Satzung anknüpfend auf äusserliche Erkennbarmachung der Verpfändungen drang und allmälig für die Pfandrechte von Liegenschaften das System der gerichtlichen Hypothek zur Ausbildung brachte, neben dem dann consequent, wiewohl nicht in demselben Umfang, die alten Grundsätze vom Fahrnisspfand wieder Geltung erlangten.

Diese Entwicklung hat in den meisten, wenigstens den bedeutendern deutschen Ländern durch die neueren Hypothekengesetzgebungen c) einen grösstentheils befriedigenden Abschluss erhalten, wodurch freilich das römische Pfandrecht in den wesentlichsten Punkten durchbrochen wurde.

§. 41.

Das neuere deutsche Recht.

Die Gestalt, welche das Pfandrecht durch diese Reformen erhalten hat, ist, so weit sie die Prioritätsfrage berührt, im Wesentlichen folgende:

---

b) Kreittmayr, Anm. zum bayr. Landrecht Th. II cap. VI §. 1 a. E.: „Denn wann gleich dermalen das Römische Recht in causis privatorum an Orten, wo kein besonderes statuirt oder hergebracht ist, auch bei dieser Materie die Oberhand behält, so gibt hingegen die Erfahrenheit, wie sehr man obverstandene Principia Juris Germanici antiqui in causis statuum vel immediatorum zumal in wichtigern Pfandschaften, welche Land und Leute oder wenigist einen Theil derselben betreffen, schon manchmal bei den höchsten Reichsgerichten und sonst geltend zu machen gesucht haben." Vgl. auch Gengler, deutsch. Privatr. §. 67 Not. 14.

c) Die wichtigern finden sich bei Gerber, deutsches Privatrecht Bd. I §. 151 Note 1.

I. An Immobilien.

1) Eine Hypothek d. h. ein Pfandrecht ohne körperliche (oder symbolische) Besitzübertragung ist nur an Immobilien d. h. an Grundstücken und solchen Gerechtigkeiten möglich, welche zu den unbeweglichen Sachen gerechnet werden; bewegliche Sachen können nur als Pertinenzen eines verhypothecirten Grundstücks im Hypothekenverbande stehn [a]).

2) Die Hypothek als dingliches Recht entsteht erst durch die rechtsförmliche Eintragung in das Grund- oder Hypothekenbuch auf Grund eines gültigen Titels. Vertrag, letztwillige Anordnung, richterliche Verfügung und Rechtsvorschrift geben nur einen Titel d. h. einen persönlichen Anspruch auf Eintragung [b]).

3) Nur auf einzelne genau zu bezeichnende Realitäten können Hypotheken eingetragen werden [c]), auch nur für bestimmte Summen [d]).

4) Der Vorzug der Hypotheken unter sich d. h. abgesehn von den der Forderung als solcher zukommenden Privilegien entscheidet sich in und ausser dem Conkurse lediglich nach dem Zeitpunkt der Eintragung, wofern nicht durch ausdrücklichen Vertrag etwas Anderes, jedoch immer unbeschadet der Rechte dritter Gläubiger, bestimmt worden ist; mehrere am selben Tage eingeschriebene Hypotheken stehn sich in Ermangelung gegentheiliger Verabredung im Rang gleich [e]). Theilweise abweichend ist das Preussische Recht; es stellt für die Rangordnung zwei Klassen auf,

---

a) Oestreich. allg. bürg. Gesetzb. §§. 448. 451. 457. Ueber das gerichtliche Pfand an unbeweglichen Sachen vgl. Allg. Ger. Ord. v. 1. Mai 1781 §. 322 — Preuss. Landr. Thl. I Tit. 20 §. 390 vgl. mit §. 21 — Bayr. Hyp. Ges. v. 1. Juni 1822 §§. 1. 3. 33—35. — Würtemberg. Pfandgesetz vom 25. April 1825 Art. 1—4. 49. 190. 245. 254. 280.

b) Oestr. Gesetzb. §§. 449—451. — Preuss. Landr. I, 20 §§. 1—10. 318. 399—402. 411. 412. 436. Allg. G. O. I, 51 §. 12. Hyp. Ordn. II, 182 ff. — Bayr. Hyp. Ges. §§. 9. 10. 21. — Würt. Pfandges. Art. 2. 15. 16. 17. —

c) Oestr. Gesetzb. §. 351 coll. §§. 321. 431. — Preuss. Landr. I, 20, §§. 392—395. — Bayr. Hyp. Ges. §. 11. — Würt. Pfandges. Art. 10.

d) Bayr. Hyp. Ges. §. 19. — Würt. Pfandges. Art. 11.

e) Oestr. Gesetzb. §. 470. Allg. Conkursordnung vom 1. Mai 1781 §. 17. — Bayr. Hyp. Ges. §§. 23. 59. 60. 62. Prioritätsordnung v 1. Juni 1822 §. 16. — Nach dem Würt. Pfandges. Art. 96 und 97 — behaupten nicht die am nämlichen Tage, sondern die in derselben Sitzung der Unterpfandsbehörde intabulirten Hypotheken gleichen Rang. — Auch in Hypothekengesetzgebungen

wovon die zur ersten gehörigen Hypotheken ohne Rücksicht anf die Zeit ihrer Entstehung den Hypotheken der zweiten Klasse vorgehn. Jene privilegirten Hypotheken rangiren unter sich wieder nach einer bestimmten Ordnung, welche nach dem Gegenstand der Forderung bestimmt wird; die zu einer und derselben Kategorie zählenden Hypotheken concurriren pro rata. Innerhalb der zweiten Klasse hingegen gibt im Allgemeinen die Ordnung der Einträge den Ausschlag, und zwar selbst für die an dem nämlichen Tag ingrossirten Hypotheken; doch bestehn auch hier wieder Modificationen, deren nähere Darstellung indess zu weit führen würde [f]).

5) Wenn der sofortigen Eintragung einer Hypothek ein Widerspruch gegen die Intabulation oder der Mangel einer das Wesen und die Gültigkeit der Handlung nicht betreffenden Formalität entgegensteht, so kann eine Vormerkung eingeschrieben werden mit der Wirkung, dass die nach Beseitigung des Hindernisses bewirkte Umwandlung in einen Eintrag der Hypothek den Rang an der Stelle der Vormerkung verschafft [g]).

II. An Mobilien

gibt es nur ein Faustpfand, das erst mit der Besitzerlangung oder, was deren Stelle vertritt, entsteht; bei Sachen nämlich, deren Beschaffenheit körperliche Uebergabe nicht zulässt, müssen Zeichen gebraucht werden, welche ihre Verpfändung leicht erkennen lassen [h]).

älteren Charakters — vgl. Gerber, deutsches Privatr. §. 150 Gengler, deutsches Privatr. §. 67 — findet sich der im Text vorgetragene Grundsatz z. B. Hamburger Statut vom Jahr 1603 P. II Tit. 5 Art. 1. Hannöversche Verordnung vom Jahr 1828 §. 4.

f) Vgl. hierüber Koch, Lehrb. des Preuss. gemeinen Privatrechts Bd. I §. 374. Den Grundsatz spricht aus das Preuss. Landr. I, 20 §. 500. Allg. G. O. I, 50, §§. 367—392. Hyp. Ord. II, §. 30.

g) Oestr. Gesetzb. §. 453. — Preuss. Landr. I, 20 §§. 417—421. Hyp. Ord. II, §§. 289 ff. — Bayr. Hyp. Ges. §§. 30. 106. 108—114. 146. — Würt. Pfandgesetz Art. 79—81. 143—150. Das Preuss. Recht hat hiefür die Bezeichnung „Protestation"; die andern „Vormerknng".

h) Oestr. Gesetzb. §§. 451—454. 1368; über gerichtliche Pfändung Allg. Ger. Ord. §§. 340—343; für die gesetzlichen Pfandrechte an Mobilien gilt das Erforderniss des Besitzes nicht durchweg z. B. §. 1101. — Preuss. Landr. I, 20 §§. 8—16. 71. 94—110. 271—280. vgl. mit §. 390. — Würt. Pfandges. Art. 4 245—250; nach ihm ist noch die Ausstellung einer Urkunde über die Verpfändung erforderlich.

§. 42.

Folge für die Prioritätslehre.

Es lässt sich aus dem Vorstehenden leicht entnehmen, dass die Grundsätze, welche das römische Recht über das Vorzugsrecht der Pfandrechte aufstellt, in denjenigen Ländern der praktischen Anwendbarkeit entbehren, in denen die Pfandgesetzgebungsreform bereits zu der im Vorgehenden gezeichneten Umwandlung gediehen ist. Da die gemeinrechtlichen Entstehungsgründe des hypothekarischen Pfandrechts nur mehr einen persönlichen Anspruch des Gläubigers gegen den Schuldner begründen, für die gültig eingetragenen Hypotheken aber allein der Zeitpunkt der Ingrossation entscheidend ist, so könnte man an eine Fortwirkung der früheren Prioritätsnormen nur insofern denken, dass unter mehreren noch nicht intabulirten Forderungen diejenige, welche nach gemeinem Rechte den Vorrang haben würde, auch auf vorgängige Einschreibung Anspruch habe, ein Anspruch, der nöthigenfalls durch richterliches Urtheil zur Verwirklichung gebracht werden könne. Allein abgesehen davon, dass damit eine Rangordnung dinglicher Rechte auf rein persönliche Ansprüche übertragen würde, so haben die neueren Hypothekengesetze und die damit in Verbindung stehenden Prioritätsordnungen jene Berücksichtigung der frühern Vorzugsrechte dadurch ganz unverkennbar ausgeschlossen, dass sie theils die Hypothekenämter verpflichten, jede zum Eintrag gemeldete Forderung, die materiellen und formellen Erfordernisse vorausgesetzt, nach der Reihenfolge der Anmeldung in das Grund- oder Hypothekenbuch einzuschreiben, theils dass sie abweichende Grundsätze über den besonderen Vorzug mancher hypothekarischen und nicht hypothekarischen Forderungen, zuweilen in besonderen Gesetzen, sogenannten Prioritätsordnungen, aufstellen. Dass den frühern Bestimmungen noch irgend ein Einfluss verstattet sein solle, wird noch unwahrscheinlicher, wenn man erwägt, dass gerade die Bestrittenheit der römisch-rechtlichen Prioritätsnormen und die irrationelle Natur mancher Vorzugsrechte den hauptsächlichsten Anstoss zu den durchgreifenden Aenderungen gegeben hat.

Was das Pfandrecht an beweglichen Sachen anlangt, so bedingt das Erforderniss des Besitzes den Ausschluss einer Mehrheit neben einander bestehender, die ganze Sache ergreifender Faustpfandrechte a); nur inso-

a) Einer Afterverpfändung steht nichts im Wege. Preuss. Landr. I, 20 §§. 127—136. Dagegen geht das Preuss. Landr. durchweg von der Unstatthaftigkeit

weit ein Mitbesitz zu ideellen Theilen möglich ist, können Mehrere an derselben Sache ein Faustpfand haben, obwohl im Grund genommen eine Identität des Objects hier gar nicht besteht. Die Würtembergische Gesetzgebung hat diese Art der Verpfändung ausdrücklich anerkannt [b]).

Forderungen werden im Allgemeinen zu den beweglichen Sachen gezählt und nach den für sie bestehenden Grundsätzen auch in dieser Frage beurtheilt, nur bald mit mehr bald mit weniger aus der Natur des Gegenstands fliessenden Modificationen [c]). Hypothekforderungen dagegen unterliegen in Rücksicht der Verpfändung insofern ähnlichen Bestimmungen wie die Immobilien, als die Vormerkung derselben in den öffentlichen Büchern zwar nicht zur Gültigkeit des Geschäfts an sich, wohl aber zur vollkommneren Sicherheit des Pfandgläubigers nothwendig ist [d]). Wo nun die Pfandbestellung durch blosse Einschreibung geschehn kann, besteht kein Hinderniss für eine Nachverpfändung, welche denn auch vom Würtembergischen Recht statuirt wird [e]); das Preussische und Bayerische Recht aber erfordern daneben die Uebergabe der Hypothekenurkunde an den Gläubiger und schneiden damit die Möglichkeit einer successiven Verpfändung in diesem Sinn ab [f]).

---

einer Nachverpfändung aus. Man vgl. z. B. §§. 275 ff. a. a. O. und Koch, Lehrb. des Preuss. Privatr. Bd. I S. 634 oben und 654 sub Ziff. II.

b) Gesetz vom 21. Mai 1828 Art. 52. Pfandges. Art. 250.

c) Preuss. Land. I, 20 §§. 281—298. Dazu Verordn. vom 9. Decbr. 1809 und Koch a. a. O. §. 365 Not. 27. Das Würtemb. Recht gestattet nur die Verpfändungen von solchen Forderungen, über welche eine Urkunde besteht. Bolly, Bemerkungen z. Pfandges. II S. 606. III S. 1217. — Ob unter der Bezeichnung des §. 448 des österr. Civil. Gesetzb.: „Als Pfand kann jede Sache dienen, die im Verkehr steht" auch Forderungen begriffen seien, muss mit Hinblick auf §. 427 „Bei solchen beweglichen Sachen, welche ihrer Beschaffenheit nach keine körperliche Uebergabe zulassen, wie Schuldforderungen" und §. 452 — bejaht werden. Die Bestimmungen der §§. 455 und 1396 kommen dabei in analoge Anwendung.

d) Preuss. Landr. I, 20 §§. 285. 513—516. — Bayr. Hyp. Ges. §§. 53. 155; dazu Lehner, Lehrb. des Bayr. Hyp. Rechts §. 110 und 111. Nach dem Würt. Ges. v. 21. Mai 1828 Art. 40. 41 und Pfandges. Art. 249 kann diese Sicherheit auch durch die Aushändigung der Schuldurkunde an den Gläubiger bewirkt werden.

e) Pfandges. Art. 250.

f) Ueber das Preuss. Recht vgl. die Citate Note c; über das Bayr. Recht Hyp. Ges. §. 155 und Instruktion hiezu vom 13. März 1823 §. 32.

§. 43.

Schlussbemerkung.

Nicht in allen Territorien Deutschlands haben sich die Reformen schon so weit Bahn gebrochen, wie eben geschildert worden ist. Desshalb sind auch die Grundsätze des römischen Rechts über die Alterspriorität der Pfandrechte noch weit entfernt, ganz und gar aus der Anwendung verdrängt zu sein, obwohl die Entwicklung der Pfandgesetzgebung nach den Principien der neuern Hypothekengesetze im Interesse des Realcredits nur zur wünschen ist.

Neben den Ländern, in welchen das römische Recht noch unverändert gilt, gibt es solche, in welchen neben ihm das deutsche Ingrossationssystem besteht, entweder so, dass die eingeschriebenen Hypotheken vor allen oder wenigstens vor den nicht eingetragenen vertragsmässigen Hypotheken einen Vorzug geniessen, oder so, dass die Nothwendigkeit der Einschreibung sich nur auf die conventionellen, seltner auf die richterlichen Hypotheken erstreckt [a]).

Hier überall kommen die in der vorstehenden Abhandlung erörterten Fragen noch zur praktischen Lösung.

Für das Pfandrecht an Mobilien ist diess in noch grösserer Ausdehnung der Fall.

---

a) Vgl. hierüber Gerber, deutsches Privatr. Bd. I §. 150 und Gengler, deutsches Privatr. §. 67.

Quellenverzeichniss.

Anm. Die in Klammern eingeschlossenen Ziffern bedeuten die Seitenzahl, die eingeschlossen Buchstaben die Note. Ein der Seitenzahl vorgesetztes * bezeichnet, dass die Stelle ganz oder theilweise abgedruckt ist.

Justinianische Quellen.

I. Institutiones.

II. Digesta.

III. Codex.

IV. Novellae.

Druckfehlerberichtigung.

Auf Seite	Zeile		
13	8	von unten	einander statt einaader.
„ 26	„ 4	„	26 statt 24.
„ 27	„ 4	„	26 statt 25.
„ 41	„ 14	„	divort. statt divert.
„ 54	„ 8	„	§. 16 Note k statt §. 17 Note l.
„ 59	„ 7	„	L. 1 statt L. 3.
„ 68	„ 9	von oben	§. 22 a statt §. 22.
„ 74	„ 2	von unten	6, 2 statt 6, 1.
„ 79	„ 8	„	97 statt 98.
„ 93	„ 5	„	§. 30 statt §. 22.
„ 108	„ 20	„	Harmenopulos statt Harmenopulus.
„ 108	„ 18	„	προτίμησιν statt πσοτίμησιν.
„ 112	„ 14	„	usucap. statt usurp.
„ 112	„ 6	„	8, 6 statt 8, 7.

Druck der A. E. Junge'schen Universitätsbuchdruckerei.

Bei **Ferdinand Enke in Erlangen** sind erschienen und durch alle Buchhandlungen zu beziehen:

Archiv für die strafrechtlichen Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe Deutschlands. Herausgegeben von J. D. H. Temme. I.—V. Band. gr. 8. 1854—1858. geh. à 2 Thlr. oder 3 fl. 36 kr.

Beschorner, J. H., das deutsche Eisenbahnrecht mit besonderer Berücksichtigung des Actien- und Expropriationsrechtes. gr. 8. 1858. 1 Thlr. 22 Sgr. od. 3 fl.

Brauer, Eduard, die deutschen Schwurgerichtsgesetze in ihren Hauptbestimmungen übersichtlich zusammengestellt, mit kurzem Hinweis auf fremdes, insbesondere französisches und englisches, auch schottisches und nordamerikanisches Recht. gr. 8. 1856. geh. 1 Thlr. 15 Sgr. oder 2 fl 36 kr.

Brauer, W., die allgemeine deutsche Wechselordnung mit den Abweichungen der Oesterreichischen Wechselordnung erläutert. 2te vermehrte und verbesserte Auflage. gr. 8. 1851. geh. 1 Thlr. 6 Sgr. oder 2 fl.

Endemann, W., der Entwurf eines deutschen Handelsgesetzbuchs in seinen drei ersten Büchern. 8. 1858. geh. 24 Sgr. oder 1 fl. 24 kr.

Gerichtssaal, der, Zeitschrift für volksthümliches Recht und wissenschaftliche Praxis. Zehnter Jahrgang. 1858. Herausgegeben von Dr. Fr. [illegible] von Arnold, Dr. Ritter von Hye-Glunek, Dr. K. J. Anton Mittermaier und Dr. Friedrich Oskar Schwarze. 6 Hefte. gr. 8. [illegible] 2 Thlr. 16 Sgr. oder 4 fl. 24 kr.
Jahrgang I—IX. 1849—1857, begründet von Jagemann, fortgesetzt von Obigen. Der Jahrgang von 12 Heften 4 Thlr. 20 Sgr. [illegible] 8 fl.

Jagemann, Dr. Ludwig von, Criminallexicon. Nach dem neuesten Stande der Gesetzgebung in Deutschland bearbeitet. Fortgesetzt von Wilhelm Brauer. Lex. 8. 1854. geh. 5 Thlr. oder 9 fl.

Jahrbücher der deutschen Rechtswissenschaft und Gesetzgebung. In Verbindung mit mehreren Gelehrten herausgegeben von Dr. H. v. Schletter. hoch 4. I. Band. 1855. 2 Thlr. 20 Sgr. oder 4 fl. 48 kr. II. Band. 1856. 3 Thlr. 10 Sgr. oder 6 fl. III. Band. 1857. 2 Thlr. oder 3 fl. 36 kr. IV. Band. 1858. 2 Thlr. oder 3 fl. 36 kr.

Kärcher, K. G., die Straferkenntniss. Eine Begründung des Strafbeweises in der Denklehre. II. Band. 1. Abth. Die Lehre von der Erkenntniss der Strafbarkeit. 8. br. 22 Sgr. od. 1 fl. 12 kr

Kletke, Dr. G. M., Sammlung von Präjudicien der obersten Gerichtshöfe Deutschlands in Handels-, See- und Wechselrechts-Streitsachen bis zu Ende des Jahres 1856. gr. 8. 1857. geh. 1 Thlr. 10 Sgr. od. 2 fl. 24 kr.

— — — desselben Werkes erste Fortsetzung. gr. 8. 1857. geh. 24 Sgr. oder 1 fl. 24. kr.

— — — Zweite Fortsetzung. 1858. 8. br. 1 Thlr. 16 Sgr. oder 2 fl. 40 kr.

Maurer, G. L. von, Geschichte der Markenverfassung in Deutschland. gr. 8. geh. 2 Thlr. 24 Sgr. oder 4 fl. 48 kr.

Mittermaier, Dr. C. J. A., Die Gesetzgebung und Rechtsübung über Strafverfahren nach ihrer neuesten Fortbildung dargestellt und geprüft. gr. 8. geh. 3 Thlr. 14 Sgr. oder 6 fl.

Mittermaier, Dr. C. J. A., Das englische, schottische und nordamerikanische Strafverfahren im Zusammenhange mit den politischen, sittlichen und socialen Zuständen und in den Einzelnheiten der Rechtsübung dargestellt. gr. 8. geh. 2 Thlr. 28 Sgr. oder 5 fl.

Oppenheim, Heinrich Bernhard, practisches Handbuch der Consulate aller Länder. gr. 8. geh. 1 Thlr. 22 Sgr. oder 3 fl.

Osenbrüggen, Eduard, Abhandlungen aus dem deutschen Strafrechte. Erster Band. gr. 8. geh. 1 Thlr. 12 Sgr. oder 2 fl. 24 kr.

— — — Der Hausfrieden. Ein Beitrag zur deutschen Rechtsgeschichte. 8. 1857. geh. 18 Sgr. oder 1 fl.

Risch, Carl, Die Lehre vom Vergleiche mit Ausschluss des Eides und Compromisses. Nach gemeinem Civilrechte bearbeitet. Von der Juristen-Facultät der Universität München gekrönte Preisschrift, eingeleitet durch ein Vorwort des Herrn Prof. Dr. L. Arndts. gr. 8. 1855. geh. 1 Thlr. 6 Sgr. oder 2 fl.

Rückert, Dr. Ludwig, Der Begriff des gemeinen deutschen Privatrechts. 8. 1857. geh. 20 Sgr. oder 1 fl. 12 kr.

Sa[illegible]e, Prof. Carl Robert, Das Beweisverfahren nach deutschem, mit Berücksichtigung verwandter Rechte des Mittelalters. gr. 8. 1855. geh. 1 Thlr. 14 Sgr. oder 2 fl. 30 kr.

Schlatter, [illegible] F., Das Unrecht der Todesstrafe. 8. 1857. geh. 15 Sgr. oder 54 kr.

Schürmayer, Dr. [illegible] H., Handbuch der medicinischen Polizei. Nach den Grundsätzen des Rechtsstaates, zu akademischen Vorlesungen und zum Selbstunterrichte für Aerzte und Juristen bearbeitet. Zweite verbesserte und mit einem Sachregister versehene Auflage. gr. 8. 1856. geh. 3 Thlr. 2 Sgr. oder 5 fl. 24. kr.

— — — Theoretisch praktisches Lehrbuch der gerichtlichen Medicin. Mit Berücksichtigung der neuern Gesetzgebungen des In- und Auslandes und des Verfahrens bei Schwurgerichten. Für Aerzte und Juristen bearbeitet. Mit einem Anhange, enthaltend die kurzgefasste praktische Anleitung zu gerichtlichen Leichenobductionen. Zweite Auflage. gr. 8. geh. 2 Thlr. 16 Sgr. oder 4 fl. 24 kr.

Schwarze, Dr. Fr. Oskar, Die Lehre von dem sogenannten fortgesetzten Verbrechen. 8. 1857. geh. 12 Sgr. oder 40 kr.

Staudinger, J., die Rechtslehre vom Lebensversicherungsvertrag. gr. 8. 1858. geh. 1 Thlr. oder 1 fl. 48 kr.

Warnkönig, Dr. L. A., Juristische Encyklopädie oder organische Darstellung der Rechtswissenschaft mit vorherrschender Rücksicht auf Deutschland. Zum Gebrauch bei Vorlesungen und zum Selbststudium. gr. 8. 1853. geh. 2 Thlr. 24 Sgr. oder 4 fl. 48 kr.

Wilbrand, Professor Dr. Fr. J. J., Lehrbuch der gerichtlichen Psychologie für Aerzte und Juristen. gr. 8. 1858. 1 Thlr. 26 Sgr. oder 3 fl. 12 kr.

